

FACTICIDADE DO DIREITO

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

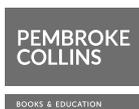
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Lui Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

FABIANO KOFF COULON, FABRÍCIO GERMANO ALVES,
FRANCISCO GERALDO MATOS SANTOS E
LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

FACTICIDADE DO DIREITO



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

**Copyright © 2020 Fabiano Koff Coulon, Fabrício Germano Alves,
Francisco Geraldo Matos Santos e Leonardo Rabelo de Matos Silva (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606

20060-050 / Rio de Janeiro, RJ

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

F142

Facticidade do Direito / Fabiano Koff Coulon, Fabrício Germano Alves, Francisco Geraldo Matos Santos e Leonardo Rabelo de Matos Silva (organizadores). – Rio de Janeiro: ICLD / Pembroke Collins, 2020.

154 p.

ISBN 978-65-87489-03-2

1. Direito. 2. Facticidade. I. Coulon, Fabiano Koff (org.). II. Alves, Fabrício Germano (org.). III. Santos, Francisco Geraldo Matos (org.). IV. Silva, Leonardo Rabelo de Matos (org.). V. International Congress on Law and Development.

CDD 340

SUMÁRIO

A LIBERDADE SINDICAL DO BRASIL NO DECORRER DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.....	13
--	----

Ingrid de Figueiredo Lopes

Leonardo Rabelo de Matos da Silva

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

Larissa Pimentel Gonçalves Villar

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS EMPRESAS, SOCIEDADE DE RISCOS E A FÓRMULA DE HAND: O CASO BRUMADINHO/MG.....	35
--	----

Tiago Ivo Odon

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS SOB O PRISMA DO DESENVOLVIMENTO E DA LIBERDADE ECONÔMICA.....	57
--	----

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Lourival Arruda Junior

CORRUPÇÃO E CRIMES EMPRESARIAIS: O CRIME DE COLARINHO BRANCO E O DECLÍNIO ECONÔMICO.....	75
--	----

Marcus Abreu de Magalhães

A PRÁTICA DA CLÁUSULA EARN-OUT EM OPERAÇÕES DE M&A.....	91
---	----

Sandro Vugman Wainstein

TRANSPORTE POR APLICATIVO E MUDANÇA INSTITUCIONAL NO DIREITO À MOBILIDADE URBANA NO BRASIL.....109

Andréa Karla da Silva Alves

Bráulio Gomes Mendes Diniz

Yanko Marcus de Alencar Xavier

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL: UMA ANÁLISE DE DADOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE.....130

Bruno Pereira de Andrade

Guilherme Marinho de Araújo Mendes

Marco Bruno Miranda Clementino

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha

João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se principalmente via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes

- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o **International Congress on Law and Development (ICLD 2020)**, que também contou com a Universidade Veiga de Almeida e a Ambra University.

Agendado para ocorrer entre os dias 27 a 29 de abril de 2020 em Orlando, Estados Unidos, o evento contou com 8 Grupos de Trabalho coordenados por professores selecionados por edital específico, sendo priorizada a diversidade institucional e a inserção internacional do professor. O resultado foi a aprovação de 40 trabalhos através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 04 livros do evento: Tecnologia e compliance no direito, Direito no contexto global, Facticidade do direito, Perspectivas de direito e desenvolvimento.

Em razão da pandemia amplamente conhecida e noticiada no ano de 2020, a situação nos Estados Unidos agravou-se e impossibilitou a realização do evento no que concerne à apresentação dos trabalhos presencialmente. Isso ensejou por parte da organização do evento a devolução do valor de inscrição pago por todos os autores de trabalhos aprovados.

Porém, como forma de reconhecer o mérito dos autores dos trabalhos apresentados e a atuação dos Coordenadores de GTs e comprometido com as temáticas democráticas discutidas no âmbito do evento, o CAED-Jus decidiu por manter e financiar a publicação de todos os trabalhos aprovados.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

A LIBERDADE SINDICAL DO BRASIL NO DECORRER DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Ingrid de Figueiredo Lopes

Leonardo Rabelo de Matos da Silva

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

Larissa Pimentel Gonçalves Villar

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca responder qual será o futuro da liberdade sindical diante das dificuldades que os movimentos sociais já estão enfrentando para permanecerem sólidos na briga contra a desvalorização e precarização das atividades profissionais dos trabalhadores, bem como a substituição da inteligência humana pelas máquinas e robótica, no auge dos progressos tecnológicos da Quarta Revolução Industrial.

A problemática discutida é sobre os limites e mecanismos de adequação da liberdade sindical, de modo que se responda como os sindicatos conseguirão se firmar e manter a sua força de proteção aos trabalhadores diante de tantos direitos retirados.

A fim de que seja desempenhada uma análise sobre os sindicatos – principalmente os brasileiros – dentro de uma das épocas mais tecnológicas da história, é necessário resgatar o contexto da primeira, segunda e terceira revolução industrial, bem como as eventuais consequências que cada uma delas trouxe para o mercado econômico.

Desde logo, é possível dizer que as revoluções industriais constituem-se de uma série de modificações tecnológicas, as quais interferiram drasticamente na forma que o ser humano trabalha, no mercado econômico internacional e, principalmente, nas relações trabalhistas regulamentadas por legislações escassas e desproporcionais.

Além disso, em uma linha de raciocínio temporal e interligada, foi abordado o nascer da liberdade sindical, bem como de sua regulamentação jurídica, mencionando os principais movimentos desencadeados ao longo das três revoluções industriais, com o objetivo de demonstrar que os sindicatos estiveram presentes nas conquistas mais marcantes dos direitos sociais do povo brasileiro.

O trabalho trás uma pesquisa descritiva e explicativa sobre o seu objetivo central, sobretudo, através de uma busca bibliográfica de doutrinadores do Direito Coletivo do Trabalho e dados históricos comparados ao atual panorama do mercado para uma breve avaliação dos impactos da Quarta Revolução Industrial.

Por fim, de forma bastante sucinta, os recentes dados sobre o mercado de trabalho com a mão de obra humana sendo substituída pelas tecnológicas são assustadores, de modo a concluir que os sindicatos deverão se reinventar ao longo da Indústria 4.0 caso queiram continuar vivos na defesa dos interesses dos trabalhadores.

CAPÍTULO 1 – CONTEXTO HISTÓRICO DAS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS

O fenômeno da globalização gerou uma série de modificações no cenário mundial, cujo principal objetivo era pôr fim às barreiras alfandegárias para que o capital e as mercadorias pudessem circular livremente. Nessa época, as indústrias possuíam mão de obra braçal, caracterizada pelo exercício da força física do trabalho humano – muitas vezes, considerado análogo a escravo –, em troca de uma indigna e mesquinha recompensa de natureza alimentar.

A principal ideologia era o neoliberalismo, a qual consiste em acabar com as políticas públicas estatais que interferiam na circulação do capital aberto. O objetivo era voltado para o crescimento econômico dos países, de maneira que os Estados tivessem cada vez mais competitividade e concorrência internacional.

Sobre o conceito de globalização, o consagrado doutrinador Arion Sayão Romita (1997, p. 28-19) possui o seu próprio entendimento no sentido de que:

A globalização é um processo irreversível que permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços capitais e trabalhadores, podendo-se pensar no surgimento de um único mercado planetário de bens e trabalho. Sendo então, conceituada, como um conjunto de fatores que determinam a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Já que a economia passa a se desenvolver numa escala mundial, tornando obsoleta a clássica noção de fronteira geográfica.

Portanto, define-se como um dos fenômenos mais relevantes da contemporaneidade por possibilitar a participação do mundo

inteiro nas relações econômicas, jurídicas, sociais, políticas e culturais. Porém, também é possível incluir as relações artificiais, em razão do uso da inteligência artificial (similar à humana) estar extremamente acelerado nos países de grande potência.

A globalização proporcionar o relacionamento entre os Estados incentivou a criação de blocos econômicos regionais formados por países com interesse comum, instituindo, de acordo com a particularidade de cada um, zonas de livre comércio, preferência política, etc..

O intuito dos países ao ingressarem nos blocos era expandir seus mercados de maneira célere e produtiva com proveito de redução ou cessação dos impostos de importação e exportação entre membros. Como exemplo dos blocos econômicos mais reconhecidos: a União Europeia, o Mercosul, a NAFTA, o MCCA e o Benelux.

Nada obstante, para que o surgimento da globalização fosse de fato compreendido, entra em pauta o longo período das revoluções industriais. Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, estourou, na Inglaterra, a Primeira Revolução Industrial, na qual diversos novos meios de tecnologia foram desenvolvidos, como, por exemplo: a máquina a vapor e usina hidrelétrica. (ROMITA, 1997)

Ao longo desses anos de progresso tecnológico, diversos trabalhadores perderam suas fontes de renda ao serem substituídos pelas máquinas, despencando os índices de desemprego a níveis assustadores. A respeito da aparição desses novos instrumentos, o professor Sérgio Pinto Martins (2010, p. 5-6) possui o seguinte entendimento:

A principal causa econômica da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética. A máquina de fiar foi patenteada por John Watt em

1738, sendo que o trabalho era feito de forma muito mais rápida com o referido equipamento. O tear mecânico foi inventado por Edmund Cartwright, em 1784. James Watt aperfeiçoou a máquina a vapor. A máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright também acabaram substituindo a força humana pela máquina.

Ao longo deste período, ocorria, conjuntamente, a Primeira Guerra Mundial cuja Inglaterra, Rússia, França e seus aliados terminaram como vencedores. Em seguida, estourou a Segunda Revolução Industrial no final do século XIX e perdurou até o início do século XX, em 1945 (em meados deste mesmo ano, chegou ao fim a Segunda Guerra Mundial), trazendo as máquinas elétricas e o petróleo como as suas principais inovações tecnológicas.

Nesta nova era das indústrias de grande porte, o intuito determinante era conciliar a produtividade e a jornada de trabalho apenas à demanda de consumo solicitada, sem que a produção ultrapassasse o necessário, conforme os princípios da administração científica e da eficiência na produção, criados por Friederich Taylor. (ROMITA, 1997)

Diversos trabalhadores perderam as suas fontes de renda - que já eram insuficientes -, por não continuarem sendo funcionários aproveitáveis em razão das inovações maquinarias das indústrias. Por outro lado, aqueles que permaneceram em seus postos de trabalho, passaram a exercer atividades mais desumanas ainda, sem que houvesse qualquer amparo governamental. (ROMITA, 1997)

Utilizado pela primeira vez pela Toyota, o auge da Segunda Revolução foi o toyotismo, o qual possuía como particularidade a flexibilização da produção, de maneira que só se produzisse aquilo que fosse necessário para que não guardassem estoque de produtos.

Após a Segunda Guerra, iniciou-se a Terceira Revolução Industrial baseada na produção industrial, onde todos os processos de fabricação foram migrados para tal âmbito. A essência revolucionária fundamenta-se, principalmente, no desenvolvimento dos meios de telecomunicações com produção acelerada e acesso mais flexível à população.

A população começou a ter poder aquisitivo para acessar as transformações tecnológicas, como, por exemplo: a televisão, o rádio, o computador integrado (também conhecido como “*stock zero*” ou “*just in time*”) e o microprocessador. (ROMITA, 1997)

O marco da Terceira Revolução foram os estudos de Henry Ford por conta da capacidade de transformar a indústria em um único ambiente que realizava todas as atividades de produção, desde o marco inicial ao produto final. A sua linha de produção em série era hierarquicamente organizada e controlada pelas máquinas, as “esteiras móveis de produção” que ditavam o ritmo de trabalho.

A transformação da própria sociedade em razão dos novos meios tecnológicos gerou vicissitudes nos sistemas de produção com a presença da regulamentação dos direitos trabalhistas e garantias fundamentais do empregado, como, por exemplo: a jornada de trabalho e o salário mínimo. (SILVA, 2004).

Nessa linha, conforme o pensamento de Otávio Pinto e Silva (2004, p. 111):

O desenvolvimento tecnológico nas últimas décadas do século XX trouxe uma espetacular evolução para a atividade econômica, tendo em vista a absorção de fatores como a crescente automação, os novos tipos de materiais usados em todos os setores da produção, as imensas facilidades obtidas no campo das comunicações. É evidente que essas inovações tecnológicas repercutiram no direito do trabalho, como não poderia deixar de ser, uma vez

que levaram a um radical processo de modificações nas técnicas de organização do trabalho, marcado por profundas reestruturações produtivas.

Com a progressão das revoluções industriais, o sistema capitalista entrou em ascensão e gerou uma crescente centralização do monopólio econômico, cuja consequência foi a formação de duas novas classes sociais, a burguesia e o proletariado.

Além disso, a ciência apresentou a biogenética, a bioagricultura e introduziu os estudos da tecnologia no modelo digital, as quais vêm sendo velozmente aperfeiçoadas na atualidade, junto da modernização de tais meios de telecomunicações, de forma nunca antes imaginável, motivo que desencadeou a Quarta Revolução Industrial.

CAPÍTULO 2 – CONTEXTO HISTÓRICO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

A Revolução Francesa, com início em 1789, foi o principal marco histórico em relação aos movimentos políticos e sociais no mundo, especialmente planejados pela burguesia que, por sua vez, não possuía acesso algum ao poder político monopolizado pela nobreza e pelo clero, pois eram apenas comerciantes de pequenos negócios ou prestadores de serviço que detinham um baixo poder aquisitivo.

Influenciada pelo ideal iluminista - movimento intelectual que defendia o uso da razão e liberdade econômica -, tal revolução objetivava acabar com a monarquia absolutista e tentar pôr fim a crise financeira estatal. Ainda, buscava retirar os privilégios aristocratas feudais, hierárquicos e religiosos, que, por sua vez, causavam uma enorme desigualdade social impulsionando o lema da liberdade, igualdade e fraternidade.

A burguesia, junto dos operários e desempregados tinham o costume de fazer reuniões públicas na chamada *Place de Grève* (em português, Praça de Greve), a atual *Place de l'Hôtel de Ville* (em português, Praça do Hotel de Ville) - localizada às margens do Rio Sena em Paris, na França, formada por um terreno plano de argila misturado com areia carreada -, para discutirem sobre as condições e ausência de trabalho.

Em decorrência da precariedade e humilhação que os operários e burgueses das classes mais baixas sofriam, um dos principais objetivos das reuniões era a organização de movimentos reivindicatórios - estágio que representou o marco inicial das greves -, através da paralização das atividades e invasões nas fábricas.

Nessa época, como a globalização já estava em andamento, apesar de as revoluções industriais oferecerem inquestionáveis benefícios à população - como a criação de ferrovias, navios, telefone, avião, rádio, internet, etc. -, as classes baixa e média continuavam à margem da sociedade, pois as grandes indústrias só visavam o mercado econômico sem que houvesse uma política estatal que demonstrasse preocupação social com a mão de obra.

Isto pois, um ritmo de trabalho maçante pode causar sérios problemas físicos e mentais em seus trabalhadores, mas, aqui, há uma remuneração maior se comparada aos outros sistemas, com o intuito de diminuir as reclamações e, principalmente, de sanar as greves. (ROMITA, 1997)

Assim sendo, surgiram os ludistas e cartistas que foram os primeiros movimentos sociais no decorrer da Primeira Revolução Industrial, cujo objetivo era a interrupção do crescente índice de desemprego por conta da substituição da mão de obra humana em razão do novo maquinário industrial oferecido como a recente inovação tecnológica.

O movimento ludita ocorreu na Inglaterra, mais precisamente entre os anos de 1811 e 1812, e possui o seu nome como

referência ao líder chamado Ned Luddo. A reação dos trabalhadores era protestar dentro das próprias indústrias, causando a destruição das máquinas que substituíram a mão de obra humana, até ser necessária a intervenção do Estado através da punição por pena de morte para aqueles que aderissem ao referido movimento reivindicatório.

Segundo Paulo Sandroni (1999, p. 257), o termo ludista representava toda a pessoa que tinha oposição à industrialização e ao advento de novas tecnologias, até perceberem que o problema não estava simplesmente nas máquinas, mas, sim, no uso que os proprietários faziam dela para lucrar e prejudicar o operário.

Já o movimento cartista de 1836, constituído pela Associação Geral dos Operários, almejava a inclusão política da classe operária e burguesa no parlamento inglês, mas, apesar de derrotado, conquistou mudanças importantes para a vida dos trabalhadores, como a regulamentação do trabalho infantil e da jornada de trabalho. (TROMPSON, 1984)

Por fim, os *Trade-Unions* - em português, união sindical -, predecessores das organizações sindicais, começaram a surgir pelos “quatro cantos do mundo”, após o parlamento inglês reconhecer o direito de associação em 1824, permitindo que os operários se manifestassem de forma não criminalizada para reivindicar seus direitos, garantindo-lhes um salário mínimo mensal para cada categoria profissional. (CESARINO JUNIOR, 1938)

No Brasil, o exercício da greve sempre fora impedido em sua totalidade, seja aquela organizada e praticada de forma pacífica ou a conflituosa, por expressa proibição do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, também conhecido como o segundo Código Penal existente na história legislativa brasileira. (SILVA, 2007)

Ao longo da Segunda Revolução Industrial, as atividades laborais foram ganhando novas características com a chegada das invenções científicas, mas a condição fornecida ao operário con-

tinuava desumana, sem qualquer garantia de progressão de sua situação precária no meio ambiente de trabalho, o que permanecia gerando revolta social.

Nesta época, a personalidade do sociólogo e filósofo Karl Marx (2006) foi de suma importância para que a proteção do trabalhador começasse a ser efetivada na era industrial, para que os abusos na subordinação fossem identificados e a remuneração fornecida pelo capitalismo deixasse de ser escancaradamente injusta.

Em 1919, com o fim da Primeira Guerra Mundial através da celebração do Tratado de Versalhes, cujo principal objetivo era propagar e garantir a paz universal através da justiça socialista, ocorreu a inserção de normas de cunho social e a garantia dos direitos fundamentais expressos nas constituições de alguns países do mundo.

Além disso, no mesmo ano, foi prevista a Organização Internacional do Trabalho - agência multilateral das Organizações das Nações Unidas - criada com o objetivo de constitucionalizar o Direito do Trabalho e proteger tanto o empregado quanto o empregador na esfera internacional, inclusive no que tange ao direito da manifestação popular.

Inclusive, algumas normas só estão presentes no ordenamento brasileiro graças a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. No entanto, a Convenção n. 87 da OIT que é uma das mais importantes, nunca foi ratificada pelo Brasil.

Tal convenção foi realizada em São Francisco, nos Estados Unidos da América, no período da Terceira Revolução Industrial e aprovada em 1948. Ela aborda a liberdade sindical, bem como os princípios e garantias que asseguram o direito de ambas as partes organizarem-se livremente sem a necessidade de autorização prévia e de filiarem-se por vontade própria aos sindicatos.

Assim sendo, torna-se bastante relevante, apesar da não ratificação pelo governo brasileiro, reproduzir a redação do artigo

segundo, da Convenção n. 87, por conta da tamanha proteção aos direitos dos trabalhadores ativistas nas organizações:

Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Portanto, tal convenção aprofunda os princípios do direito de sindicalização e menciona como deve ser realizada a negociação coletiva para que o trabalhador tenha realmente a sua liberdade sindical garantida, sem que nenhum empregador impeça a sua filiação ou desfiliação a um sindicato, organização ou associação.

A chegada da Lei n. 4.330 em 01 de junho de 1964 regulamentou detalhadamente o direito de greve, de forma que o seu exercício deveria seguir um rito específico e estar em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, tal lei passou a ser apelidada de “Lei Antigreve”, pois o exercício de greve não conseguiria alcançar o objetivo de sua existência sem que algum trabalhador sofresse punições severas.

Neste sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2012, p. 1333) leciona que:

A Lei 4.330, de 1º de junho de 1964, considerava ilegal a greve quando: não atendidos os prazos e condições estabelecidas em lei; tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano; fosse deflagrada por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade, sem quaisquer pretensões relacionadas com a categoria; tivesse a finalidade de rever norma

coletiva, salvo se as condições tivessem se modificado substancialmente.

Portanto, por consequência da tamanha burocracia, o movimento sindical da classe de trabalhadores iniciou um período de intensa pressão em busca da efetiva proteção aos seus direitos, conflitando diretamente com os grandes centros industriais.

No ano de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual permanece vigente até os dias de hoje, reconhecendo, no inciso I, de seu artigo oitavo, que legislação nenhuma poderá exigir autorização do Estado para que haja a formação de um sindicato, salvo algumas pequenas peculiaridades previstas no inciso II do mesmo dispositivo, como o registo do sindicato no órgão competente.

Conhecida como “constituição cidadã” por tirar os resquícios permanentes da ditadura militar, fundamenta-se no fato de a cidadania ser “a atribuição de um mínimo de direitos e deveres a todos os que tivessem o vínculo político com o estado, em razão deste vínculo”. (KANT DE LIMA, et al., 2005)

Para a Organização Internacional do Trabalho, a greve é considerada uma consequência da liberdade sindical, isto é, os trabalhadores possuem o direito de se organizarem em movimento, bem como de exercerem as suas atividades. Portanto, será um ataque à liberdade sindical qualquer medida que tente limitar ou restringir tais direitos de manifestação dos trabalhadores. (VASCONCELOS, 2012)

Percebe-se que, internacionalmente, o conceito de greve foi fortalecido e, conseqüentemente, os limites que a doutrina conservadora dava a esse exercício foram diminuídos, passando a permitir greves políticas e solidárias, desde que relacionadas exclusivamente às suas atividades laborais. (VASCONCELOS, 2012)

Em sequência, sob um novo viés democrático, entrou em vigor a Lei n. 7.783 de 28 de junho de 1989, a nova Lei de Greve, com o intuito de privilegiar os princípios constitucionais, revogando todos os dispositivos da antiga Lei n. 4.330/1964, a mencionada “Lei Antigreve”.

No entanto, o embasamento da lei não é tão favorável ao trabalhador como parece, pois não combateu condutas antisindicalistas, não trouxe represálias para os empregadores que recusassem a negociação, dentre outras situações inesperadas. (LIMA, 2014)

Além disso, é regulamentada apenas a greve na iniciativa privada, uma vez que a dos servidores públicos deve ser normatizada por lei específica. Porém, o Supremo Tribunal Federal negou - na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492 - que os diálogos das negociações coletivas dos servidores públicos fossem, também, regulamentados pela nova Lei de Greve, deixando tais profissionais sem garantia à liberdade sindical.

Por fim, em 13 de julho de 2017, o Presidente Michel Temer aprovou a Reforma Trabalhista, encarregada de alterar inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho existente desde 1943. Porém, alguns direitos anteriormente já consagrados não poderiam ser modificados, sob o risco de violar os direitos fundamentais.

Dentre outros, não foi alterado pela Reforma Trabalhista a liberdade de associação sindical do trabalhador, os requisitos para as categorias essenciais poderem iniciar um movimento grevista e, principalmente, o direito de greve propriamente dito.

CAPÍTULO 4 – OS SINDICATOS NA QUARTA REVOLUÇÃO

Existem três palavras que resumem a dinâmica do mundo atual: a globalização, a competitividade e a flexibilização. A glo-

balização abriu as portas para que o mercado se transformasse em uma competitividade, a qual busca produzir o melhor produto com baixo valor de custo para atrair o maior número de consumidores, o que explica a existência da flexibilização das normas trabalhistas no âmbito global e dos direitos humanos inerentes à dignidade da pessoa humana.

É deste mesmo modo que a competitividade instiga os empregadores a buscarem uma mão de obra barata, mas, ao mesmo tempo, a globalização exige que também invistam em uma mão de obra com alta qualidade. Ou seja, para um profissional permanecer vivo no mercado de trabalho ao longo dos avanços das revoluções industriais é extremamente necessário que se tenham essas duas qualidades.

Neste sentido, o desembargador Sérgio Pinto Martins (2009, p. 35) leciona:

A globalização determina a competição econômica internacional. Houve a expansão do comércio internacional. A partir da década de 1960, a tendência do sistema internacional foi a competição entre as empresas. Para onde são levados os capitais, são criados empregos. Os capitais fogem de economias excessivamente regulamentadas, do ponto de vista do custo do trabalho. O mundo tem sido extremamente competitivo, para efeito da colocação dos produtos nas empresas, como a concorrência entre Japão, Europa e Estados Unidos, em que se pretende colocar um produto pelo preço mais baixo possível, mas com a melhor qualidade desejada pelo consumidor.

A Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, desenvolve as tecnologias de comunicações, bem como a troca de dados por diversos tipos de sistemas de informa-

ção, sendo caracterizada pelo uso da robótica, da nanotecnologia, da inteligência artificial, dos meios digitais, dentre outros desenvolvimentos.

O motivo para que esta revolução também possa ser denominada de 4.0 não é pela criação de cada uma dessas tecnologias separadamente, mas, sim, pela maneira como elas se relacionam e, conseqüentemente, pela sinergia entre as tecnologias, a fisiologia e a biologia, transformando todas essas inovações em uma única cadeia produtiva de mercado.

Esses avanços estão sendo responsáveis pela profunda análise que a sociedade anda fazendo sobre as transmutações que o mundo está sofrendo em períodos de tempo tão curtos se comparado ao desenvolver da história da humanidade. Desta vez, estão sendo responsáveis até por modificar o modo de convivência entre as pessoas que, por sua vez, vivem cada vez mais conectadas com o mundo digital do que com a realidade do dia a dia.

Antigamente as informações demoravam dias para chegar ao destinatário, mas a tecnologia facilitou a comunicação com inovações de suma importância, como a internet, telefone, etc.. O progresso tecnológico permitiu que a comunicação atingisse um nível de velocidade instantâneo, isto é, as informações chegam instantaneamente para qualquer pessoa em qualquer país do mundo com o contato sendo feito via computador, *smartphone* ou celular, *tablet* e/ou relógio inteligente.

Neste sentido, torna-se de suma importância analisar as palavras do professor e engenheiro alemão Klaus Schwab (2016, introdução), fundador do Fórum Econômico Mundial, sobre o seu entendimento a respeito da velocidade tecnológica na atualidade:

Atualmente, enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e a modelagem da nova revolução tec-

nológica, a qual implica nada menos que a transformação de toda a humanidade. Estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo que considero diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. Ainda precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando *svcem* a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico.

Uma das grandes preocupações que inquieta os pesquisadores é o nível de inteligência das máquinas, a qual vem sendo aprimorada com uma sagacidade impressionante. Desta forma, o futuro de algumas profissões existentes torna-se incerto, pois as máquinas poderão facilmente substituir uma mão de obra humana, diminuindo consideravelmente os gastos das empresas com verbas trabalhistas e elevando o índice de desemprego a números alarmantes.

Nesse sentido, é relevante destacar os dados levantados pelo Fórum Econômico Mundial, o qual conclui que, até 2020, a automação irá causar a demissão de 7 (sete) milhões de trabalhadores que exercem suas atividades em industriais, sendo considerados para a estatística apenas os países mais desenvolvidos do mundo.

Além de todos esses dados capazes de impactar a população trabalhadora, tal centro de pesquisa também afirmou que 65% dos estudantes da educação infantil irão exercer atividades em profissões que sequer existem no mercado de trabalho. Por fim, resta apenas um questionamento feito por Klaus Schwab (2016, p. 30) sobre as drásticas mudanças que a forma global de trabalho sofrerá em pouco tempo:

Para começarmos a compreender isso, precisamos entender os dois efeitos concorrentes que a tecnologia exerce sobre os empregos. Primeiro, há um efeito destrutivo que ocorre quando as rupturas alimentadas pela tecnologia e a automação substituem o trabalho por capital, forçando os trabalhadores a ficarem desempregados ou realocar suas habilidades em outros lugares. Em segundo lugar, o efeito destrutivo vem acompanhado por um efeito capitalizador, em que a demanda por novos bens e serviços aumenta e leva a criação de novas profissões, empresas e até mesmo industriais.

Pois bem, já é possível perceber as transformações desta revolução – considerado que o Brasil é um país em desenvolvimento – pois já apareceram novas espécies de trabalho dominando o mercado, como, por exemplo, o *home office* ou o teletrabalho, regulamentados pela Lei n. 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista.

O *home office*, chamado juridicamente de teletrabalho e expresso no artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho, é aquele exercido fora do estabelecimento profissional do empregador, desde que a atividade seja realizada com tecnologias de informação.

Com base na Organização Internacional do Trabalho, citada na obra de Javier Thibault Arada (2001, p. 19), teletrabalho é “a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório ou centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”.

Se tal forma de trabalho, por exemplo, não for fiscalizada com todo o cuidado que merece, poderá gerar uma precarização da atividade exercida e beneficiar apenas os empregadores pelo baixo custo de um trabalho à distância por conta de uma série de gastos que a empresa deixa de gastar com o funcionário, podendo ser citado o vale transporte e o vale alimentação como exemplos. (DE MELO, 2018)

Meramente ao ver do *home office*, já é possível perceber a dificuldade que os órgãos defensores da classe dos trabalhadores vivenciarão nos próximos anos para que as atuais profissões não se extinguem e que os profissionais não sejam dispensados em prol das inovações tecnológicas.

No entanto, o ponto de vista que ainda não foi analisado pelos é que na mesma proporção que há profissões eventualmente extintas em decorrência da Revolução Industrial, há a criação de profissões que ainda não existem, mas que serão a solução para evitar o desemprego em massa da população mundial.

De qualquer forma, no caso do Brasil, não é tão simples quanto parece, pois essas novas profissões exigirão especializações que nem todas as classes sociais conseguirão ter acesso, o que não permite considerá-la como a melhor solução.

Os sindicatos deverão entrar em ação para lutar pelos direitos dos seus trabalhadores, apesar de estarem, também, cada vez

mais escassos, principalmente após a retirada da contribuição obrigatória com a Reforma Trabalhista e da crise financeira que a maioria enfrenta.

Portanto, por conta da insatisfação e com o alto índice de desemprego nessa nova era tecnológica, os sindicatos terão um papel muito fundamental no controle da jornada e nas condições de trabalho, principalmente daqueles realizados dentro de casa pelo fato de ser muito mais fácil de gerar prejuízo ao trabalhador.

Os sindicatos irão precisar se preparar para não se distanciarem cada vez mais dos trabalhadores e das novas profissões que vão nascer, de forma que consigam estar presentes nas negociações coletivas e nos movimentos reivindicatórios, conhecendo profundamente o potencial de cada tecnologia para que a sua argumentação seja convincente e concreta.

Portanto, se as frentes sindicais começarem a se adaptar à nova realidade, formulando acordos-marcos-globais, intercâmbios com dirigentes sindicais, organização entre as multinacionais com o objetivo de aprofundar o conhecimento sobre a Quarta Revolução Industrial, bem como utilizar dessas tecnologias para a melhoria do seu próprio âmbito profissional, a eficácia na defesa dos interesses dos seus trabalhadores será muito mais concreta e positiva. (MELO, 2018)

Da mesma forma que os sindicatos atuais um dia foram criados para defender os direitos das profissões que existem atualmente, novos sindicatos surgirão para defender as profissões que ainda não existem, mas que passarão a fazer parte da esfera global com o decorrer da Quarta Revolução Mundial. Tudo é uma questão de adaptação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que os impactos da Quarta Revolução ainda não possam ser vistos em larga escala, já é possível perceber que a

sociedade não está preparada para exercer as novas formas de atividades laborais, desde aquele trabalho à distância ou com os avanços tecnológicos que ainda estão por vir, pois as inovações chegam de maneira inesperada sem que a própria sociedade se adapte adequadamente.

Os sindicatos já vivem lutas diárias para continuar conseguindo defender os interesses dos trabalhadores frente aos empregadores, principalmente pelo fato de que cada relação de trabalho terá as suas peculiaridades específicas, de acordo com a tecnologia utilizada e, principalmente, enfrentando a provável falta de regulamentação das profissões que ainda vão surgir.

A Quarta Revolução Industrial vem assustando os pesquisadores por conta da previsibilidade do nível de desemprego e as organizações sindicais precisam reformular-se para conseguirem dar conta da alta demanda de insatisfação e falta de garantias mínimas que, por sua vez, estão expressas até na Constituição da República Federativa do Brasil como direitos intransponíveis.

Ou seja, até o texto constitucional está sendo ameaçado pela Indústria 4.0 - a qual traz uma efetividade e consequências muito diferentes de todas as outras três revoluções -, pois os seus princípios deverão ser respeitados apesar de as novas tecnologias trazerem dificuldades para o Estado conseguir cumprir com tantas garantias.

Os sindicatos precisam urgentemente conhecer de perto as inovações tecnológicas para saber com o que eles estarão lidando, bem como utilizá-las a favor de seu próprio benefício, com o intuito de trazer as inovações para dentro das organizações sindicais, principalmente se o neoliberalismo continuar ditando as regras do jogo de modo que o trabalho volte a ser menosprezado e flexibilizado.

São importantes desafios que os sindicatos deverão enfrentar para permanecerem com o direito internacional e constitucional da liberdade sindical em atividade. Se os países desenvolvidos, os

quais já estão mais familiarizados com as grandes multinacionais, conseguiram dar passos longos para enfrentar as indústrias, os sindicatos de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos também serão capazes de conseguir acompanhar a nova era industrial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, M. S.; KANT DE LIMA, R.; MENDES, R.L.T.
(Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica**: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, introdução.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. O sindicato perante a doutrina e a legislação. **Revista da USP**. São Paulo, 1938, p. 487-503.

DE MELO, Raimundo Simão. Qual o papel dos sindicatos na 4ª revolução industrial. **Revista Consultor Jurídico**, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LIMA, F. G. M. de. **Greve, um direito antipático**. Fortaleza: Premium, 2014.

MARK, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, v. 1.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- MUNDO E EDUCAÇÃO. **Toyotismo**. 2010. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com.br/geografia/toyotismo.htm>>. Acesso em: 20 setembro 2016.
- ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.
- SANDRONI, Paulo (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: *Best Seller*, 1999.
- SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parasubordinação nas relações de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.
- THIBAUT ARANDA, Javier. **El teletrabajo: análisis jurídico-laboral**. Madrid: Consejo econômico y social, 2001.
- TROMPSON, Dorothy. **The Chartists: popular politics in the Industrial Revolution**. Michigan: Pantheon Books, 1984.
- VASCONCELLOS, Felipe Gomes da Silva. Greve e democracia: por uma concepção democrática do conceito de greve. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3432, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23076>>. Acesso em: 28 junho 2019.

RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS EMPRESAS, SOCIEDADE DE RISCOS E A FÓRMULA DE HAND: O CASO BRUMADINHO/MG

Tiago Ivo Odon

1. Introdução

A sociedade atual está caracterizada por um ambiente econômico e social rapidamente variante. O desenvolvimento da técnica tem repercussões diretas no ganho de bem-estar individual. Contudo, a técnica pode produzir consequências lesivas, muitas vezes em contextos de incerteza sobre a relação de causa-e-efeito. Nos tempos de hoje, a configuração do risco de procedência humana tornou-se “fenômeno social estrutural”, para usar expressão de Sánchez (2002).

O risco é um perigo probabilisticamente previsível e indissociável da atividade humana. Boa parte das ameaças a que as pessoas estão expostas provém de decisões que outras pessoas adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos que derivam das aplicações dos avanços na indústria, na produção de energia, na informática, nas comunicações etc.

Empresas são estruturas organizadas que permitem o alinhamento de interesses, compartilhamento de risco e limitação e diluição de responsabilidades individuais. O direito penal clássico não foi pensado para o crime praticado por essas estruturas. O direito penal clássico pensava em atos isolados. Hoje o direito penal precisa se preocupar com atos em cadeia, praticados por meio de uma estrutura organizada.

Atualmente, no Brasil, só é prevista a responsabilidade penal da empresa para o caso de crime contra o meio ambiente. A sociedade de riscos em que vivemos demanda a responsabilidade penal da empresa para qualquer crime, e o objetivo deste artigo é propor um método para essa responsabilização.

Empresas demandam uma nova concepção de culpabilidade, e a fórmula de Hand é aqui proposta como um instrumento metodológico que permite calcular e diferenciar dolo e culpa para a imputação da responsabilidade penal, oferecendo, assim, objetividade e previsibilidade. Usaremos o caso do rompimento da barragem B1 em Brumadinho/MG como exemplo ilustrativo das possibilidades dessa proposta.

2. Dolo e crime

A doutrina brasileira trabalha com uma bipartição do dolo: o dolo direto (quando o agente quer o resultado) e o dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzi-lo) – art. 18, I do Código Penal (CP). O CP brasileiro adotou a teoria do consentimento ou anuência, segundo a qual há dolo quando o agente anui, aceita, consente com o resultado. É uma teoria da vontade, para a qual importa um posicionamento pessoal do agente, uma tomada de posição, uma decisão; não se contenta com o simples conhecimento da possibilidade do resultado.

O dolo eventual é a forma básica de dolo, ele contém propósito e conhecimento. O juiz precisa considerar tanto o propósito quanto o conhecimento do risco (e não apenas este último) para responsabilizar quem quer que seja por dolo eventual.

Isso ficou claro, por exemplo, na decisão unânime da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 23 de abril de 2019, que concedeu habeas corpus a integrante do Conselho de Administração da empresa Samarco Mineração S.A e ainda recusou a tese de homicídio por dolo eventual do Ministério Público (MP) na denúncia em face da tragédia do rompimento da barragem em Mariana/MG. Com base em precedente do STJ (RHC 46.823/MT, 5ª Turma, Dje 15/04/2016), o Relator, desembargador Olindo Menezes, registrou em seu voto: “A caracterização do dolo eventual não se contenta com a assunção do risco, exigindo, ainda, o elemento volitivo expresso no consentimento do agente quanto ao resultado produzido, conforme a sua representação. Não é explicado por que os acusados, entre eles o paciente, pretendiam, ainda que assumindo o risco, matar as 19 (dezenove) vítimas” (HC 10299885-02.2018.4.01.0000).

Apesar da doutrina e jurisprudência brasileiras ainda adotarem em larga escala esse dualismo (vontade e conhecimento), a responsabilização penal da empresa e de seus funcionários demanda considerar o dolo em sentido normativo-atributivo, e não psicológico-descritivo.

Na teoria clássica do crime, a imputação do resultado danoso a alguém derivava de duas razões distintas: na vontade dirigida ao resultado (dolo) ou na violação do dever de cuidado (culpa). Numa sociedade de riscos, contudo, o dolo pode ser visto como nada mais do que um caso especial de culpa. O desvalor da ação numa sociedade de riscos pressupõe, tanto nos delitos dolosos quanto nos culposos, a criação indevida de um risco não permitido, ou seja, a violação do dever de cuidado. A imputação do

resultado à culpa ou ao dolo pressupõe, no mínimo, que o risco não permitido tenha-se realizado no curso causal que levou ao resultado (seja uma causalidade natural – ação – ou normativa – omissão).

Seja no campo cível ou penal, a questão de como valorar a responsabilidade por um resultado lesivo não intencional tornou-se fundamental na sociedade de riscos em que vivemos.

3. Dever de cuidado

Historicamente, passamos, no direito penal, de um cenário de maior tolerância ao risco, ou seja, de risco permitido amplo, com a industrialização, para uma menor tolerância, de risco permitido restrito (Sánchez, 2002). No direito civil norte-americano, a ideia de “cuidado comum” (ordinary care), baseada numa figura abstrata do homem médio prudente e cauteloso diante do risco (o homem que evita o risco), foi aos poucos, na primeira metade do século XX, substituída pela ideia de “cuidado devido” (due care), baseada no que se pode e se deve fazer diante do risco no caso concreto (White, 1990; Viscusi, 2000).

No início do século XX, notadamente com o caso *Adams v. Bullock*, de 1919, sobre um garoto de Nova Iorque que se queimou com a fiação de um bonde, o raciocínio judicial nos EUA começou a comparar o benefício de uma atividade com o risco a que ela expunha a sociedade, ou o grau de risco contra o custo de prevenir o dano (White, 1990). Sob essa abordagem, quando o benefício superava o risco de lesão ou o risco era considerado menor do que custo para evitá-lo, os tribunais começaram a decidir que, nesses casos, a sociedade deveria interiorizar os custos do risco, e não o agente econômico causador do risco. Assim, nenhuma responsabilidade seria atribuída. Essa abordagem que coloca numa balança risco e custo se tornou importante num

momento histórico em que a industrialização e o progresso científico avançavam, e os tribunais precisavam se adaptar.

O juiz Learned Hand acabou traduzindo tudo isso numa fórmula algébrica no caso *United States v. Carroll Towing Co.* (1947), hoje conhecida como fórmula de Hand: $B = PL$, inicialmente usada para atribuir responsabilidade civil. A fórmula instrui as potenciais partes culpadas a basear seus níveis de precaução em três variáveis: (a) a probabilidade P de que um acidente ocorrerá; (b) a magnitude L (loss) do dano resultante, se ocorrer algum acidente; e (c) o custo das precauções B (burden), que reduziriam o dano esperado. As partes devem considerar essas variáveis em uma análise comparativa de custo-benefício antes de se envolverem em atividades que possam resultar em acidentes dispendiosos, para determinar níveis eficientes de cuidado e controle.

A pergunta importante para os tribunais passa a ser: quem deve suportar os custos do risco quando lesões ocorrem? A fórmula de Hand coloca de um lado da escala o risco do dano PL – calculado pela severidade do dano (L) ajustada por sua probabilidade de ocorrência (P) –, ou seja, o dano esperado, e do outro lado da escala, o custo de evitar o dano B . Por meio da fórmula os tribunais passaram a punir quem gerava riscos sociais inapropriados. Quando o custo de um acidente excede os custos de prevenção B , então é possível responsabilizar o agente, uma vez que poderia ter evitado (ou minimizado) o acidente a um custo mais baixo. Se usarmos a fórmula para o direito penal, $B < PL$ aponta para o principal elemento da culpabilidade, a exigibilidade de conduta diversa – ou seja, o agente podia e devia ter evitado o resultado.

O fato inescapável é que a sociedade precisa estar exposta a algum nível de risco de lesão se ela quer gozar dos benefícios da tecnologia moderna.

4. Dolo x culpa

A partir da fórmula de Hand, Richard Posner (2010) oferece um exemplo ilustrativo para pensar o dolo no direito penal. Se eu levo um guarda-chuva de um restaurante pensando que é meu, e o devolvo depois, ao perceber que não é, não sou um ladrão; mas se eu sei que o guarda-chuva não é meu e o levo, sou um ladrão. O primeiro é caso de simples negligência, em que B na fórmula de Hand é positivo (eu teria que gastar recursos para evitar pegar o guarda-chuva errado – uma etiqueta, memorizar suas características físicas etc.) e L é leve (a perda temporária de uso do guarda-chuva pelo dono). Uma sanção penal nesse caso seria exagerada. Mas não no segundo caso, em que gasto recursos para subtrair o guarda-chuva de alguém (talvez eu tenha entrado no restaurante com esse objetivo), B é negativo e P é alto.

Os atos observáveis nos dois cenários são os mesmos, e o estado psíquico em que são executados é, a princípio, o único diferenciador. Ao menos que o criminoso confesse ou cometa outros atos danosos, seu estado psíquico precisará ser inferido de atos observáveis. O dolo torna-se, nessa lógica, adotando uma linguagem matemática, uma desproporção alta entre PL e B.

O juiz Posner chegou a aplicar esse raciocínio no caso *Duckworth v. Franzen* (1985), sobre um ônibus que pegou fogo no transporte de trinta e cinco prisioneiros algemados em seu interior, tendo como resultado uma morte e outros tantos com dano pulmonar grave. Os prisioneiros ajuizaram ação por tratamento cruel. O juiz derivou a responsabilidade penal (“recklessness”) – reputando a responsabilidade civil insuficiente (“negligence”) – da disparidade entre o custo da prevenção (B) e o dano esperado (PL).

O conhecimento do risco e a indiferença deliberada para proteger foram inferidos de atos observáveis de alta periculosidade (P alto e L alto).

Então, quando há dolo e não culpa?

A doutrina alemã usa a chamada fórmula de Frank como uma tentativa de definir a relação entre ação observável e estado psíquico (Puppe, 2004). A fórmula é basicamente esta: “Se chegarmos à conclusão de que o autor teria agido mesmo sabendo do resultado, afirma-se o dolo; se chegarmos à conclusão de que, com conhecimento do resultado, o autor deixaria de praticar a ação, então deve-se negar o dolo”. O juiz pode usar a fórmula e fazer esta pergunta ao réu no tribunal: se soubesse do resultado, o que você teria feito?

O caso do tiro ao alvo de Lacmann (também chamado de teorema de Lacmann) derruba a fórmula de Frank, que, como se pode observar, esconde uma teoria da vontade. Em um parque de diversões, o autor aposta com outro visitante, no estande de tiro ao alvo, que ele é capaz de atirar na jarra de vidro que está na mão da menina que serve o público. Caso ele fira a menina, planeja deixar a arma cair e desaparecer na multidão.

O interessante nesse caso é que a ocorrência do resultado é incompatível com o objetivo do autor, que é o de ganhar a aposta. Ou seja, ele não iria agir se a ocorrência do resultado fosse certa, pois a ação, nesse caso, não lhe traria qualquer utilidade. Há consenso entre os adeptos da teoria da vontade que, nesse caso, o autor deveria responder por dolo eventual de lesões corporais. Ou seja, a fórmula de Frank está errada, supondo que o juiz faça a pergunta ao réu (tem-se dolo mesmo se o autor, sabendo o resultado, dissesse que deixaria de praticar a ação). Ou seja, relacionar comportamento e estado psíquico não é tarefa simples. Portanto, “querer o resultado” não pode ser o critério verificador da forma mais grave da culpabilidade.

Tentativas como a fórmula de Frank (o que ele teria feito se...) exigem uma análise contra-factual, que é fictícia. São recursos que geram presunção e não demonstração. Direito penal

demanda evidência empírica para gerar segurança. Estados de ânimo não são passíveis de prova.

O fato é que não é possível, principalmente no crime econômico ou empresarial, fazer depender a configuração do crime de um elemento natural e subjetivo como o conhecimento (ele sabe, ele agiu sabendo – seja o motorista que pega o carro embriagado, seja o empresário que decide por uma estratégia menos segura que outra).

Para Polaino-Orts (2016), isso é um erro de dogmática na estrutura do direito penal. A sociedade contemporânea tem demandado a expansão da imputação de responsabilidade. A vítima sempre se pergunta por um responsável, ainda que às vezes a resposta correta é que ninguém é responsável. Em princípio, não caberia falar em responsabilidade sem conhecimento e capacidade de ação. Contudo, tampouco a mera concorrência de conhecimento e capacidade de ação pode fundamentar a responsabilidade. Daí que a expansão da imputação acaba dando lugar a processos de despersonalização: se não é possível atribuir a lesão a uma vontade positiva (ele sabia), sempre se pode imputá-la a uma negligência (ele deveria saber).

Esse raciocínio pode ser visto claramente em sentenças condenatórias de processos da Operação Lava Jato, por exemplo.

Na sentença proferida na 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, que condenou executivos da empresa Odebrecht, lê-se: “[...] o comportamento adotado pela Odebrecht e por seu Presidente [...] não é consistente com o que seria esperado da empresa e de executivo que de fato não tivessem responsabilidade pelas contas secretas no exterior e com o pagamento através delas de propina. O comportamento esperado seria o de reconhecer a falta e identificar dentro da corporação os executivos individualmente responsáveis por comprometer o nome e a reputação da companhia” (parágrafo 862 da sentença, grifo nosso) (Ação Penal nº 5036528-23.2015.4.04.7000/PR).

Em outro trecho: “Acima disso – e o argumento também é válido para outros executivos – era Diretor do setor da Odebrecht diretamente responsável pelos contratos com a Petrobrás narrados na denúncia [...] e pela interlocução com os agentes da Petrobrás corrompidos e *é impossível que* a Odebrecht tivesse pago sistematicamente milhões de dólares em decorrência desses mesmos contratos aos agentes da Petrobrás que eram os seus interlocutores sem o seu conhecimento e participação” (parágrafo 810 da sentença, grifos nossos).

O conhecimento é inferido dos atos observáveis. Ele em si não pode ser demonstrado. E a responsabilização penal se legitima pela infração ao dever de cuidado, ou seja, na quebra de expectativas sociais. Assim como na economia, o direito penal opera pelo método de preferências reveladas. O pensamento não é observável, e é acessado por meio das ações e escolhas feitas pelo agente. Em experimentos da psicologia, por exemplo, os procedimentos exigem que o dinheiro seja de fato gasto pelos voluntários para que a formulação das escolhas seja examinada e o teste seja considerado “científico” (Taleb, 2018; Ariely, 2010).

O que o juiz faz na sentença supra é o que encontramos em várias decisões condenatórias de crimes de corrupção e colarinho branco de forma geral. O que é feito, inconscientemente, é uma análise de custo-benefício em que se infere conhecimento e propósito da diferença perigosa entre B e PL, ainda que seja um cálculo intuitivo.

Numa sociedade de riscos, a infração de um dever, independentemente do conhecimento e da vontade do agente, deve constituir o objeto próprio da imputação. O dolo precisa se tornar normativo como a culpa e passar a ser valorado no contexto da infração de um dever. Ou seja, o ponto de partida do dolo torna-se dever conhecer, e não conhecer; e o sujeito que devia saber e não sabe torna-se imputável. Conhecimento e dolo dei-

xam de ter vida ontológica, natural ou psicológica e passam a ser atribuídos normativamente.

Isso posto, o direito penal passa a demandar um método claro e objetivo para calcular e diferenciar dolo e culpa no contínuo da culpabilidade, para, em seguida, atribuí-los normativamente a empresas e a seus funcionários. Mudar o padrão de responsabilização penal é uma escolha política, e, como toda escolha política, demanda legitimidade social.

5. Crime econômico: as empresas

Caracterizar o dolo como vontade e conhecimento num crime praticado por meio de uma empresa é uma tarefa muitas vezes impossível, não apenas em razão do alto custo de produção de prova de elementos subjetivos, como também em razão da própria rotina operacional da empresa. Quando o dolo passa a ser atribuído normativamente, como infração de um dever, e é possível calcular o risco, tudo muda de figura. E torna-se importante não apenas olhar para a conduta individual de cada funcionário, mas a interação, a governança, a estrutura de incentivos, o funcionamento do sistema de inputs e outputs envolvendo diretorias, gerências e operadores no desenrolar dos eventos.

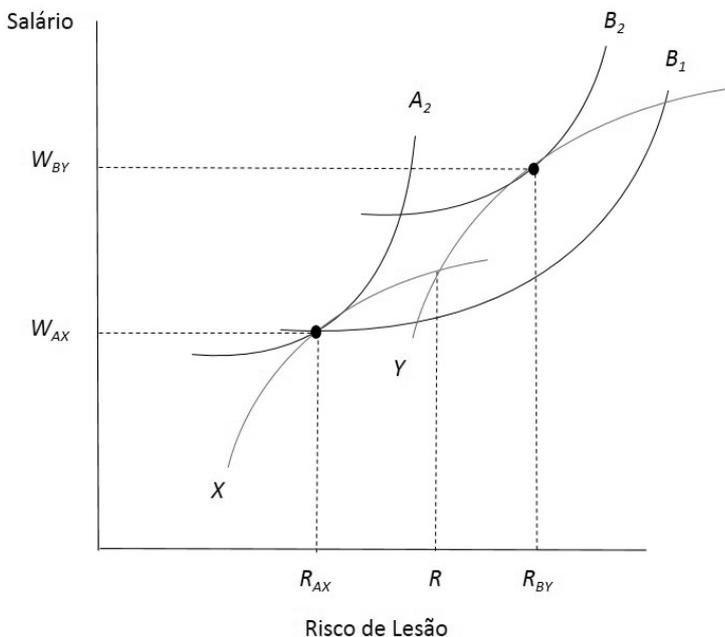
O grau de aversão ao risco varia entre os trabalhadores. Trabalhadores menos aversos ao risco tendem a ser empregados em ocupações mais seguras, e vice-versa. As empresas devem decidir sobre o tradeoff entre risco e remuneração.

Tudo o mais constante, salários mais baixos estão associados a ocupações com menos riscos (e vice-versa). Se uma empresa gasta muito com segurança, gastará menos com outros aspectos das condições de trabalho, e pode vir a reduzir salários.

Trabalhadores são beneficiados com a redução dos riscos. Na Figura 1, o trabalhador A, averso ao risco, trabalha ao salário W_{AX}

com risco igual a R_{AX} (curva de utilidade A_2), enquanto o trabalhador B trabalha ao salário W_{BY} e com risco igual a R_{BY} (curva de utilidade B_2). Se o governo decide que R_{AX} é o nível máximo de risco permitido (e reduzir risco é custoso para a empresa), o salário máximo para o risco R_{AX} é W_{AX} . Nesse ponto, o trabalhador B retira menor nível de utilidade em relação ao salário W_{BY} (curva B_1), mas, conforme sua função de utilidade, aceitaria assumir o risco igual a R_{BY} com uma compensação menor (em relação ao salário que tinha antes).

Figura 1 – Salário e risco de lesão

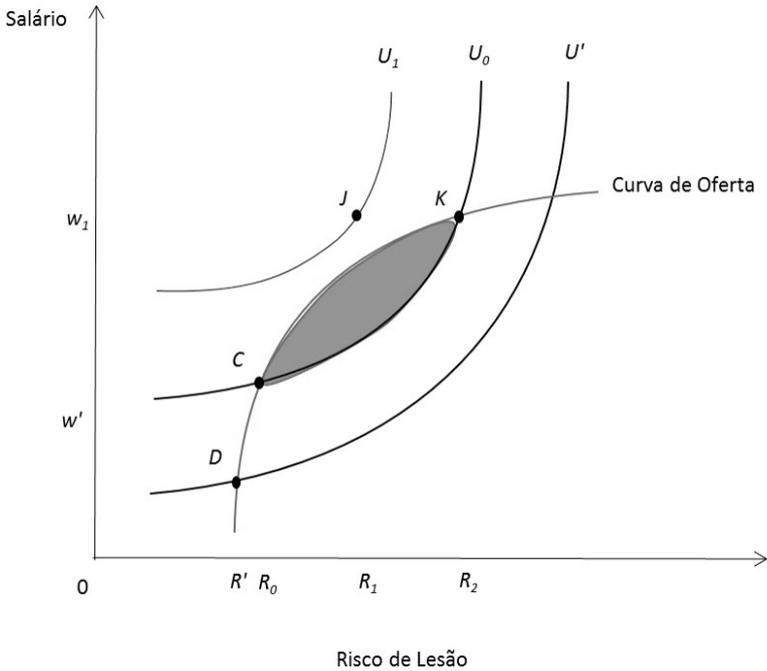


Fonte: Elaboração própria

Salário, participação no lucro, comissão, pressão do chefe, promoção de posto de trabalho, vaidade, influência do colega

mais qualificado, entre outros fatores, podem fazer com que o funcionário aceite um risco desconhecido. Há espaço para isso (em azul) – Figura 2. Isso aconteceria por causa do ambiente de trabalho.

Figura 2 – Assunção de risco desconhecido pelo trabalhador



Fonte: Elaboração própria

Edwin Sutherland (2015), que cunhou a expressão “crime do colarinho branco” na década de 1940, propôs a hipótese da associação diferencial, segundo a qual o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento (muitas vezes sem considerá-lo criminoso, podendo constituir simplesmente uma alta tolerância

ao risco) e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável (sociedade, órgãos públicos).

A criação do risco proibido pode estar sendo gestada na empresa, sem que haja um “querer o resultado”, apenas em razão da dinâmica da empresa, da sua rotina operacional e corporativa, de cálculos racionais de custo-benefício. Apenas é possível imputar aqui o “querer” em sentido normativo (“querer” no sentido de não poder isentar-se de responsabilidade em face do dever de cuidado).

6. Teorema de Coase

O teorema de Coase é a base filosófica da fórmula de Hand. A partir dos anos 1960, os tribunais norte-americanos claramente passaram a levar mais a sério a disciplina econômica para guiar suas decisões sobre negligência (termo genérico que abarca a responsabilidade por dano não intencional). O balanceamento entre riscos e custos nada mais é do que uma derivação da análise econômica de custo-benefício, ferramenta derivada dos princípios da eficiência econômica.

A eficiência econômica é uma escolha política que compete com outras, como equidade, igualdade etc. A fórmula de Hand deriva dessa abordagem e foi desenhada com o objetivo de maximizar bem-estar social. Quando algo é considerado “eficiente”, os economistas geralmente querem dizer “maximização da riqueza total” (Odon, 2018). Esse critério admite mudanças em que há ganhadores e perdedores, mas exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem, para que seja possível, em tese, que os perdedores sejam compensados (e os ganhadores ainda preservem um excedente). Esse critério é também chamado de melhora potencial de Pareto.

Se uma fábrica precisa poluir um rio para produzir, e o efeito dessa poluição é que ela mata os peixes, a pergunta importante é:

o custo da perda dos peixes é maior ou menor do que o valor do produto que a poluição torna possível? (Coase, 2014). O custo de exercício de um direito (como o uso de um fator de produção) é sempre a perda sofrida em algum outro lugar ou por alguém em consequência desse exercício de direito. Cabe ao Estado se perguntar quando deve intervir para balancear as coisas.

Para Coase, o problema econômico básico é como maximizar o valor da produção (o que se traduz em maximização de riqueza e, como consequência, de bem-estar social).

A sociedade ideal para Coase, portanto, seria aquela em que as ações executadas seriam apenas aquelas em que o que se ganha vale mais do que o que se perde. Quanto menos o Estado intervir, mais as pessoas chegarão cooperativamente a resultados ótimos, atribuindo livremente valor às coisas. O Teorema de Coase assevera que as pessoas, independentemente da lei, barganharão até chegarem a uma alocação eficiente de direitos desde que custos de transação (tributos, burocracia, justiça etc.) não impeçam o processo.

7. Fórmula de Hand

A fórmula de Hand tem um apelo normativo, ela comunica um dever ser, uma ideia de comportamento justificado (due care). Os casos para os quais a fórmula é útil são aqueles em que a atividade de risco é o foco e há tempo para a empresa propor um curso de ação apropriado, dada a recorrência da atividade. Os casos para a fórmula são diferentes de exposições pontuais a risco enfrentadas por pessoas comuns. Os casos para a fórmula envolvem exposições repetidas a risco. A fórmula então legitima boas práticas de segurança, a adoção de programas de compliance, enfim, o gerenciamento justificado do risco, o cuidado socialmente racional – o qual as pessoas e as empresas deveriam exercer (Keating, 2015).

A fórmula é uma função algébrica que mira a minimização dos custos dos acidentes quando as variáveis são conhecidas pelos atores envolvidos na atividade de risco. Empresas grandes, como a Vale S.A, podem contratar consultorias especializadas para conhecer essas variáveis, como de fato é feito (item 8). Empresas menores podem lançar mão do mercado de seguros.

Seguradoras investem na aquisição de informações precisas para determinar probabilidades e custos de acidentes, informações essas custosas para as pessoas comuns obterem. Os preços dos seguros tendem a convergir para um preço de equilíbrio num mercado competitivo. Os prêmios dos seguros representam um custo médio do dano para acidentes num universo de indivíduos segurados e podem funcionar como proxy para B. A jurisprudência nos tribunais, por sua vez, oferece valores que podem reduzir ou aumentar B (Grossman, Cearley e Cole, 2006).

As pessoas comuns em geral não têm condições de controlar as variáveis que influenciam a probabilidade de um dano ocorrer e a quantidade desse dano. O quanto de dano, a depender do caso, muitas vezes está relacionado a idade, renda, saúde, tecnologia etc. As pessoas não têm incentivos para investirem em medidas protetivas quando a potencial responsabilidade é incerta ou a probabilidade de ocorrência do dano é indeterminada (quando o PL na fórmula de Hand é desconhecido). Mesmo quando o dano é previsível, não há investimento em prevenção se é visto como improvável. Decidir correr o risco para evitar pagar muito em prevenção é também uma decisão racional.

Mas o mesmo não podemos falar de empresas. A estrutura de empresa e a necessidade de domínio da área de atuação facilita e demanda o cálculo do risco. A empresa acessa a literatura científica sobre a sua área de atuação e conta com especialistas, paga seguro e deve contar com um regime de compliance (que dá a seus funcionários incentivos para deveres de agir).

8. Quantificação de risco e dano – Caso Brumadinho/MG

Em dezembro de 2015, poucas semanas após a tragédia de Mariana, a Vale divulgou o relatório “Estabelecimento do contexto e identificação dos eventos de risco em barragens”. O documento informa que o custo associado à indenização por perdas de vidas humanas será dado pelo produto do número estimado de vidas humanas perdidas pelo valor de indenização a ser pago. O valor de indenização pela perda de uma vida é fixado em US\$ 2,6 milhões.

A Vale S.A contratou consultorias para realizar estudos denominados cálculo de risco monetizado. Tais estudos envolveram diagnósticos e análises complexas, a partir de etapas como identificação de riscos, análise da probabilidade de ruptura da barragem (com a realização de 500.000 simulações, segundo laudo pericial da Polícia Federal nº 1070/2019 – SETEC/SR/PF/MG), estudo da ruptura hipotética, valoração das consequências e análise de risco monetizado, onde é calculado o produto da probabilidade de ruptura com o valor das consequências socioeconômicas e ambientais, cuja fórmula é $R = P \times \text{CONS R\$}$, sendo R o risco monetizado, P a probabilidade de ruptura e CONS R\$ o valor das consequências, tais como indenizações, perdas materiais, perdas de produção, de geração de energia, multas, perda de imagem da empresa etc, conforme explicado por um engenheiro civil da empresa Potamos, que prestava consultoria à Vale, no inquérito da Polícia Federal (IP 62/2019 – SR/PF/MG).

O R na fórmula supra nada mais é do que o dano esperado (PL) da fórmula de Hand.

A valoração das consequências é realizada de forma bastante detalhada para estimar o custo econômico para a Vale das consequências de um rompimento. A partir da consideração da área

potencialmente inundada pelo rompimento da barragem, foram considerados quatro cenários (diurno ou noturno / sem alerta prévio / alerta 4 horas antes da ruptura). Conforme um dos relatórios técnicos do estudo do cálculo do risco monetizado, que tratou da valoração das consequências, elaborado pela empresa Potamos, foi estimada a perda de até 214 vidas humanas para o pior cenário de rompimento da Barragem I, sem aviso prévio. O custo das vidas, conforme a Figura 3, foi estimado em R\$ 1,89 bilhões.

Figura 3 – Custo associado à perda de vidas humanas

Cenários	Edificações Atingidas	População Atingida *	Perda Potencial de Vidas *	Alerta	Custo (perda de vidas) (R\$)
C1	279	524	161,57	(Sem Alerta Prévio)	1.424.051.538,00
C2	279	524	4,15	(-4,0 horas)	36.542.844,00
D1	789	1.420	214,91	(Sem Alerta Prévio)	1.894.216.740,00
D2	789	1.420	5,08	(-4,0 horas)	44.792.748,00

Fonte: Laudo pericial da Polícia Federal no 1070/2019

Há tabelas elaboradas pela Vale para estimar os custos de indenizações para atingidos no caso de rompimento da barragem, projetando o valor de veículos e até mesmo itens domésticos, todos considerados de forma segregada por classes socioeconômicas (A, B, C, D e E). Por exemplo, conforme consta da denúncia do MP, a indenização de um veículo da classe A seria em torno de 67 mil reais, enquanto de um veículo de um atingido da Classe D/E seria de 12 mil reais. Até mesmo o valor da indenização pela destruição da cama, sofá, fogão, TV e ventilador era detalhado e calculado conforme a classe socioeconômica do atingido (tabelas constam do Procedimento Investigatório Criminal nº PMG-0090.19.000013-4).

O P também era conhecido. O patamar de tolerabilidade para barragens de rejeitos é da ordem de 1×10^{-4} (0,01%); ou seja,

a probabilidade de a estrutura ruir não pode alcançar patamares que superem 1 (uma) ocorrência a cada 10.000 (dez mil) anos. Ressalte-se que o estudo de cálculo de risco monetizado estimou número de óbitos que tornaria ainda mais rigoroso o patamar estabelecido na análise probabilística (mais de 200 mortes, referência internacional), o que ensejava o incremento do índice aceitável de 1×10^{-4} para 1×10^{-5} .

A Vale criou uma situação de risco proibido, cujo cálculo estava à disposição, cuja intensidade era conhecida, expôs vidas e o meio ambiente a perigo concreto, e não tomou medidas eficazes para evitar o resultado, podendo fazê-lo a um custo muito mais baixo (instalação dos piezômetros multiníveis, construção da berma de reforço, construção dos poços de rebaixamento, evitação de detonações, idas a campo e leitura manual, sistema eficaz de sirenes etc.). Ao final, a barragem em situação de risco inaceitável rompeu e morreram cerca de 260 pessoas. Legitimamente a imputação do dolo.

9. Dolo, culpa e a fórmula de Hand

Se uma empresa não possui capital para contratar consultorias que possam fazer os relatórios vistos no item 8, o mercado de seguro é uma das melhores formas de se obter informação sobre o valor esperado de acidentes antes de eles acontecerem, o que oferece subsídio para medidas de prevenção.

Para quantificar dolo e culpa, podemos usar um padrão de distanciamento entre B e PL.

Na Figura 4, o ponto de equilíbrio, em que $B = I$ (prêmio do seguro) = PL (razão de 1, ou 100%), está em 4 unidades de cuidado (pressupondo um mercado competitivo e um preço justo do seguro) (Grossman, Cearley e Cole, 2006). Menos de 4 unidades de cuidado poderia caracterizar dolo ou culpa, a depender do grau

de perigo criado (PL). Uma unidade de cuidado oferece uma razão de 40/120 (0.33), duas unidades 0.47 e três 0.67. Podemos adotar uma razão B/PL igual ou inferior a 0.4 ou 40% (quanto mais longe de 1, maior a reprovação) para caracterização do dolo. Nesse parâmetro hipotético, uma unidade de cuidado caracterizaria o dolo, duas e três a culpa, e para as demais não haveria responsabilização. Uma unidade de cuidado acionaria o direito penal.

Figura 4 – Custos de acidente considerando o prêmio do seguro

Units of care	Probability $P(\%)$	Cost of harm L	EV_L $P \times L$	Premium I	Burden B
1	12.00	\$1,000.00	\$120.00	\$120.00	\$40.00
2	9.50	\$1,000.00	\$95.00	\$ 95.00	\$45.50
3	7.75	\$1,000.00	\$77.50	\$77.50	\$52.50
4	6.50	\$1,000.00	\$65.00	\$65.00	\$65.00
5	6.00	\$1,000.00	\$60.00	\$60.00	\$80.00
6	5.50	\$1,000.00	\$55.00	\$55.00	\$97.50
7	5.25	\$1,000.00	\$52.50	\$52.50	\$120.00

Fonte: GROSSMAN, CEARLEY e COLE, 2006.

O sistema penal teria que se perguntar, com base em seus valores, se a pena é realmente necessária em relação aos danos causados nos demais casos (4 unidades de cuidado em diante). É um típico problema de culpabilidade. A princípio, se não há razões para impor danos punitivos no processo civil para os casos de 4 ou mais unidades de cuidado ($B > PL$), não haveria razão para impor punição criminal, sob pena de reduzir bem-estar social (Teorema de Coase).

Considerações finais

Numa sociedade de riscos, o crime empresarial ou econômico precisa ser interpretado como quebra de confiança da socie-

dade, como frustração de expectativas sociais sobre o dever ser da atividade econômica geradora de riscos, e o dever de cuidado não justificado pode ser dado pela diferença expressiva entre custo de prevenção e dano esperado.

Nossa realidade de constante progresso técnico demanda a possibilidade de responsabilização penal da empresa para qualquer crime tipificado na legislação, da mesma forma como o sistema opera para as pessoas naturais. O que o direito penal precisa é de um método claro e objetivo para calcular e diferenciar dolo e culpa para, em seguida, atribuí-los normativamente a empresas e a seus funcionários. **A fórmula de Hand é aqui proposta como o instrumento metodológico que possibilita mensurar o dever de cuidado** e quantificar dolo e culpa, e assim legitimar a imputação de responsabilidade.

Caracterizar o dolo como vontade e conhecimento, como faz o direito penal brasileiro, num crime praticado por meio de uma empresa, é uma tarefa muitas vezes impossível, não apenas em razão do alto custo de produção de prova de elementos subjetivos, como também em razão da própria rotina operacional da empresa. Inconscientemente, o que os tribunais acabam fazendo é uma análise de custo-benefício em que se infere conhecimento e vontade da diferença perigosa entre B e PL da fórmula de Hand, ainda que se trate de um cálculo intuitivo.

Quando o dolo passa a ser atribuído normativamente, como infração de um dever, e é possível calcular o risco, o julgamento penal pode ganhar objetividade e previsibilidade, gerando segurança jurídica.

Esse quadro favorece o desenho de programas de compliance mais efetivos, o investimento em análises de risco pelas empresas, a contratação de seguro. Todas essas medidas devem ser levadas em conta pelos tribunais para imputação de responsabilidade em caso de crime, assim como o balanço ótimo entre riscos e custos que não reduza riqueza social.

Referências

- ARIELY, D. Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions. New York, Harper-Collings Publishers, 2010.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: COASE, Ronald H. Nobel Laureate, economist, teacher, friend, 1910-2013. Chicago: The University of Chicago Law School, 2014. p. 84-126.
- GROSSMAN, P. Z.; CEARLEY, R. W.; COLE, D. H. Uncertainty, insurance and the Learned Hand formula. Law, Probability, and Risk, v. 5, dec 2006, p. 1-18.
- KEATING, G. C. Must the Hand formula not be named? University of Pennsylvania Law Review Online, v. 163, p. 367-375, 2015.
- ODON, T. I. Justiça como equilíbrio: uma conversa entre filosofia do direito, economia e sociologia. Riga: Novas Edições Acadêmicas, 2018.
- POLAINO-ORTS, M. Una nueva teoía del delito o uma teoria del delito atualizada? Sobre la necessária normativización del derecho penal económico y empresarial em el ejemplo del blanqueo de dinero. In: SAAD-DINIZ, E.; ADACHI, P. P.; DOMINGUES, J. O. (org.). Tendências em governança corporativa e compliance. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 157-180.
- POSNER, R. Economic analysis of law. New York: Aspen Publishers, 2010.

PUPPE, I. A distinção entre dolo e culpa. São Paulo: Manole, 2004.

SÁNCHEZ, J. M. S. A expansão do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUTHERLAND, E. H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TALEB, N. N. Arriscando a própria pele: assimetrias ocultas no cotidiano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VISCUSI, W. K. Corporate risk analysis: a reckless act? *Stanford Law Review*, v. 52, p. 547-597, Feb. 2000.

WHITE, B. A. Risk-utility analysis and the Learned Hand formula: a hand that helps or a hand that hides? *Arizona Law Review*, v. 32, p. 77-136, 1990.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS SOB O PRISMA DO DESENVOLVIMENTO E DA LIBERDADE ECONÔMICA

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Lourival Arruda Junior

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de grandes dimensões geográficas, um ecossistema muito rico, mas que apresenta uma desigualdade social que interfere diretamente no exercício da cidadania. Diariamente depara-se com dificuldades no plano social que perpassam diretamente a questões econômicas. O crescimento econômico depende diretamente de fatores importantes. O Brasil, signatário da agenda 2030 que tem como primeira meta a erradicação da pobreza, ao delimitarem os objetivos de desenvolvimento sustentável, os líderes dos Estados criaram 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, pois não há o que falar-se em desenvolvimento em um país que apresenta tamanha desigualdade social.

Norteando a presente pesquisa, busca-se responder ao seguinte questionamento: A ausência do acesso aos direitos sociais estabelecidos na CF distância do efetivo exercício da cidadania? Para responder a essa pergunta foram traçados os objetivos geral e específicos, sendo o objetivo geral analisar se a dificuldade de acesso aos direitos fundamentais e sociais afasta o efetivo exercício da cidadania, objetivando especificamente: Analisar a importância dos direitos fundamentais e sociais para a efetivação da cidadania; verificar de que forma os direitos sociais estão sendo prestados; avaliar o papel do Estado no cumprimento do mínimo existencial; avaliar os impactos econômicos da má distribuição de renda.

A metodologia utilizada para alcançar os objetivos foi a revisão bibliográfica em artigos científicos e literatura concernente a matéria, bem como a análise de dados estatísticos.

A pesquisa justifica-se pelo impacto causado pela economia no atendimento do mínimo existencial que vem assegurar a efetivação da cidadania garantida pela Constituição cidadã.

1. DADOS ESTATÍSTICOS ECONÔMICOS DA POPULAÇÃO BRASILEIRA NA PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMÍCIOS

O Brasil é um país crivado pelos mais diversos aspectos, sejam eles sociais ou econômicos, que interferem diretamente no seu desenvolvimento. Tal constatação não salta apenas das opiniões dos cidadãos, no dia a dia da sociedade, mas é continuamente, demonstrada por meio de documentos com alta relevância científica como, por exemplo, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Tomando como base os resultados da PNAD Contínua de 2018, publicada no final de 2019, cerca de 10% da população

concentra mais de 43% dos rendimentos do país, atestando uma disparidade brutal que acarreta consequências no alcance dos direitos mínimos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2018)

Cabe ainda ressaltar, que na mesma amostra, ficou constatado que no ano de 2018 aproximadamente 1% dos mais ricos tinham rendimentos mensais de R\$ 27.744,00 (vinte sete mil, setecentos e quarenta e quatro reais) enquanto 50% da população, com os menores rendimentos, recebiam, em média, R\$ 820,00 (oitocentos reais) por mês, atestando uma diferença de 33,8 vezes dos rendimentos entre os 1% mais ricos e os 50% mais pobres da população brasileira.

O presente trabalho não trata apenas de números, estatísticas ou comparações, mas, principalmente, em analisar como tais números refletem na vida dos cidadãos brasileiros e na tentativa de se obter uma cidadania social a medida que consigam ou não a efetividade dos direitos sociais e fundamentais apregoados na lei maior.

2. Dos Direitos Fundamentais e Sociais na Constituição Federal de 1988

Tomando como ponto de partida para a discussão indicada acima, o presente texto convida o leitor para a reflexão de um pequeno raciocínio matemático com o objetivo de formar um pensamento críticos da interpretação e aplicabilidade das mais distintas prerrogativas apregoadas no rol dos direitos sociais e fundamentais.

Existem, no Brasil, mais de 1.200 (mil e duzentas) faculdades que ofertam o curso de Direito. São cerca de 200 novos profissionais formados a cada dia e que se juntam a mais de 1 milhão de advogados que atuam hoje em território nacional.

Todos, ao cursarem a disciplina de Direito Constitucional nas Instituições a que eram vinculados se depararam, em uma das aulas iniciais do curso com os essenciais artigos 1º a 6º da Constituição Federal. Não que os demais dispositivos não tenham sua importância, mas para o foco da presente pesquisa vamos restringir nossa visão apenas a esses.

Em uma primeira leitura de tais dispositivos urge ressaltar a atenção eivada aos incisos II e III que dizem respeito, respectivamente, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Na visão dos autores, a dignidade da pessoa, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. Não se pode falar em dignidade da pessoa humana, sem que haja moradia em condições adequadas. (CALDAS e ARRUDA, 2019, pág.753)

Na visão de Flávia Piovesan:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (Piovesan, 2000)

Cabe ressaltar que, por mais que sejam usados em sentidos diversos, o leitor deve-se ater ao significado que faz parte da pedra fundamental que forjou o espírito de tais termos.

Na busca constante da melhoria de condições de vida é necessária a reafirmação e densificação dos Direitos Humanos (SARLET, 2004. Pg 52 e 53), que se esbaram a cada dia em

novos obstáculos. Pode-se destacar os de ordem econômica, pois diante dos últimos fatos que assolam a economia mundial, pode-se tranquilamente afirmar que por parte dos governos é muito fácil respeitar os Direitos Humanos quando sua economia se encontra em ascensão, mas quando há uma queda dos padrões econômicos o discurso encontra outra direção, a de proteção e reconstrução interna o que viria a justificar quase qualquer ação, mesmo que esta se configure em um flagrante desrespeito aos Direitos Humanos e a dignidade humana.

Quando se estabelece que cidadania é ter acesso ou poder gozar da vida política de um país, restringe-se, demasiadamente, o verdadeiro alcance que deve ser empregado em tal palavra. Definir o termo cidadania não é tarefa das mais fáceis visto que se trata de pilar tão fundamental no atual sistema jurídico-social que deve se ter cautela para não cometer injustiças.

Em definição publicada no sítio da Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná (DEDICH/PR), em texto que busca o conceito de cidadania destaca-se: “Juridicamente, cidadão é o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado. Em um conceito mais amplo, cidadania quer dizer a qualidade de ser cidadão, e conseqüentemente sujeito de direitos e deveres”.

Em uma primeira abordagem, pode-se dizer, então, que para que um indivíduo possa ser considerado um cidadão, da forma sustentada e preceituada na Carta Magna brasileira, deve ser uma pessoa que está em fruição de seus direitos civis e políticos em um Estado. Dentre os direitos civis encontram-se os sociais e os fundamentais. Por mais lógico que pareça o exposto até então, se faz necessária essa pequena explanação para que se possa sustentar o ponto central da pesquisa, questiona-se: a partir do momento que, por diversos critérios e condições, a maior parte da população não está gozando a totalidade dos direitos sociais dispostos

na Constituição Federal, podem ser considerados efetivamente cidadãos?

Tal afirmativa, por mais forte que possa parecer, tem fundamento que não fica apenas limitado no estudo de estatísticas e teorias isoladas, mesmo sendo importantes fontes de estudo e construção de uma linha jurídica racionalizada. Assim, o alerta fica ao sair das letras e números gravados em uma edição codificada das normas jurídicas, devendo esse verdadeiro “exército jurídico”, pontuado no início deste item debruçar-se acerca da efetividade dos direitos sociais e seu impacto no dia a dia dos indivíduos.

O caput do artigo 5º da Constituição cidadã trouxe a proteção fundamental aos brasileiros e estrangeiros residentes (posteriormente alargado aos estrangeiros em trânsito pelo artigo 4º do Estatuto do Migrante) (BRASIL, 1988). O legislador constituinte buscou, através dos direitos fundamentais, estabelecer a proteção do cidadão em relação as ações e arbítrios do Estado, pode-se destacar as gerações de direitos fundamentais descritas a seguir:

1. Primeira geração – ou direitos de liberdade, compreendem direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, são eles: direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

2. Segunda geração – ou direitos de igualdade, são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva. Abrangem o direito à saúde, trabalho, educação, lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical.

3. Terceira geração – direitos de fraternidade /solidariedade: São considerados direitos coletivos por excelência pois estão voltados à humanidade como um todo, presente e futura geração. Incluem –se os direitos ao desenvolvimento, à paz , à comunica-

ção, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros.

Nas palavras de Paulo Bonavides são:

“ ... direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. (BONAVIDES, 2003)

Apesar dos direitos fundamentais buscarem a igualdade social, a proteção universal, sendo esses direitos inalienáveis e irrenunciáveis, a efetivação desses direitos é ameaçada pela estrutura de formação do povo, onde se mantém profundo impacto devido à manutenção de um sistema que persiste na desigualdade social, considerando que o poder econômico, educacional e cultural continuam centralizados na camada social de maior renda do País. Essa característica persiste “sob os governos colonial, imperial e republicano, prosperando sob a monarquia, a ditadura e a democracia. ”, distorção que se consolida, segundo James Holston, em um “regime de privilégios legalizados e desigualdades legitimadas. ” (HOLSTON, 2013, p. 22).

3. A Fábula do Desenvolvimento Econômico Para Posterior Distribuição da Riqueza.

Neste ponto devem ser ponderadas questões acerca das teorias sustentadas por escolas jurídicas ao relacionar a prestação de direitos com aspectos econômicos e financeiros.

É razoável entender que o Estado possui um orçamento público onde existem gastos divididos em duas categorias: vincula-

dos, também chamados de impositivos (quando o Poder Executivo não tem discricionariedade para definir como a alocação de determinado valor deva ser destinada, visto que é o Poder Legislativo que assim o determina por meio de lei) e os discricionários (que permite que o Poder Executivo tenha maior liberdade para a destinação dos recursos dentre as opções dispostas, previamente, em lei).

Um dos grandes pesquisadores das ciências econômicas, o Professor Amartya Sen, que inclusive foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1998, escreveu umas das obras que realiza a interlocução entre o progresso econômico e as políticas de desenvolvimento social e a consequente liberdade daqueles que possuem acesso as políticas sociais.

Em trecho inicial de sua obra, Amartya Sen (2000) cita essa interligação entre o desenvolvimento econômico e direitos sociais:

O crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, serviços de educação e saúde) e os direitos civis.

Ao avançar em seus estudos o pesquisador demonstra que a relação entre economia e a prestação de políticas públicas é maior que apenas números ou indicadores econômicos.

A principal lição explica formas de como um país pode se desenvolver como um todo. Dois grupos são citados: os países que buscam acumular riquezas, por meio do crescimento econômico para depois distribuir a riqueza e investir e os países que vão investindo e crescendo de forma contínua e cíclica.

Países com crescimento progressivo e cíclico, como a Coreia do Sul, conseguiram avanços significativos em ambos os campos (econômico e social) se transformando em uma referência mundial. Aqui a população recebe investimentos em educação, se especializa, melhora a produção e retorna ao Estado, que repetirá o ciclo de investimentos.

Países que aguardam acúmulo de riqueza para depois investir e distribuir, por meio de serviços, nunca o fazem, pois o crescimento é efêmero não traduzindo para a população serviços públicos de qualidade. Neste caso, o Estado acumula curta e artificial riqueza, concentrando nas mãos dos mais ricos e não distribui, não provendo adequadamente investimentos em educação, não qualificando melhor os indivíduos.

A proposta constitucional não resume-se apenas a garantia do exercício da cidadania, mais ainda, marcou uma nova ordem jurídica nacional, uma vez que diversas legislações contemporâneas à Constituição de 1988 vêm priorizando a participação popular no processo das decisões de políticas públicas e no controle da Administração Pública.

A prestação de serviços públicos que atendam as necessidades fundamentais do cidadão, descritas no artigo 6º da CF/88 são prestação positivas do Estado, que, não são uma benevolência estatal e sim uma prestação de serviços custeados pelas receitas geradas pelos tributos pagos pelo cidadão para a manutenção do Estado.

Na esfera jurídica pátria, observa-se uma dualidade entre teorias distintas que influenciaram o pensamento dos juristas brasileiros:

a) A que sustenta a que para se prestar um direito aos cidadãos as finanças públicas são oneradas, condicionando a efetivação de um direito fundamental ou social, por mais que consagrado na Constituição, apenas quando se houvesse recursos (Teoria da Reserva do Possível e Teoria dos Custos de Direitos).

b) A que sustenta que a Constituição Federal, como limitadora do arbítrio estatal, define, de forma garantista, um rol de direitos mínimos que devem ser providos a qualquer indivíduo, para a manutenção de dos aspectos mínimos de dignidade humana (Teoria do mínimo existencial).

4. A Teoria dos Custos de Direitos como Reflexo da Reserva do Possível.

A Teoria da Reserva do Possível teve origem em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão ao se debruçar sobre um pleito de alguns candidatos a vagas em Instituições Públicas de Ensino Superior. No caso em tela, os autores solicitaram o ingresso nas instituições que foi negado pela falta de vagas. É imperativo ressaltar que, de acordo com o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, onde todo alemão tem direito de escolher livremente sua profissão e centro de formação.

Na famosa decisão foi determinado que o Estado não poderia se valer do orçamento público para atender ao interesse de poucos. De forma mais específica: não se poderia atender ao pleito de alguns, visto que tal orçamento deveria ser alocado em demandas que beneficiassem o coletivo.

Ao transportar tal teoria para o sistema jurídico brasileiro, alguns equívocos de recepção e interpretação acabam ocorrendo de forma costumeira e sem observar a contaminação prática que é derivada pela atuação (ou falta dela) do agente político.

Ao se postular direitos fundamentais básicos como, por exemplo, educação, saúde e habitação, muitos dos Estados sustentam que não possuem orçamento para a prestação e efetivação desses direitos, por mais que determinados na carta magna.

No caso de questões envolvendo saúde pública, quando uma pessoa precisa de determinado medicamento, quando não há a

sorte de encontrar em uma das farmácias públicas, o paciente é submetido a uma verdadeira “*via crúcis*” judicial. De um lado, a estrutura da Procuradoria Estadual ou Municipal (isso para nem citar a esfera Federal, que possui muito mais recursos) que se agarram a essa teoria como um primeiro mecanismo de defesa, esquecendo totalmente os dispositivos mencionados no início desse texto, ao serem frisados os primeiros contatos os cinco primeiros dispositivos da Constituição Federal.

O mais irônico, se não fosse trágico, é que sabendo a insustentabilidade fria da teoria supracitada se apelam para outros argumentos que acabam fugindo da esteira econômica.

Não é incomum um Estado imputar a responsabilidade ao Município e vice-versa, tentando livrar-se de uma competência clara e direta. Por isso, fora elaborada a Súmula 65 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ) que estabelece, de forma clara, a solidariedade entre os entes em caso de saúde pública.¹ Além disso, também deve-se instar a importância do artigo 198 da Constituição Federal que destaca que o Sistema Público de Saúde integra uma rede única, de atendimento integral para atendimento a comunidade.

Uma coisa deve ser deixada bem clara: É papel fundamental do Estado buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Esse cumprimento é observado de forma livre e espontânea do gestor público, por exemplo, no combate ao incêndio que põe em risco o patrimônio dos administrados ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo.

1 Súmula nº. 65 «Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº. 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela».

Ao descumprir seu papel e iniciar um conflito de interesses, com um indivíduo (cidadão) que possui um direito fundamental consagrado por lei, constata-se que algo está muito errado. Não é nem um pouco lógico, o Estado negar amparo a um cidadão, cuja proteção social é de dever daquele, indo do papel de aliado a inimigo.

Frontalmente deve-se criticar que existem outros direitos que geram custos, como os ligados as liberdades individuais que geram custos e não deixam de serem prestados como, por exemplo, o direito ao voto. Trata-se de direito de suma importância, mas será que é razoável o gasto com o processo de votação e fundo partidário, sendo que existem meios mais eficazes para o exercício desse direito? Se fossem empregados métodos mais baratos, sobraria orçamento para aplicação em outras áreas.

Além de todo o exposto anteriormente, há uma crítica feita pelos defensores dessa teoria: que o Poder Judiciário, ao ser provocado para ordenar que o Estado cumpra o estabelecido na lei maior, provocaria uma lesão no sistema de freios e contrapesos², pois estaria estabelecendo política pública, algo de atuação específica do Poder executivo.

Já a Teoria dos Custos de Direitos, defendida por Sustain e Holmes, sustenta que todo direito tem um custo para ser prestado. Não havendo recursos, o Estado estaria desobrigado a realizar a efetivação dos direitos, com base nessa justificativa.

Se faz necessário pontuar que os autores não defendem o descumprimento do direito, mas que o mesmo só poderia ser prestado se houvesse orçamento para tal. Assim, descrevem:

2 O Sistema de Freios e Contrapesos (Check's and Balance) estabelece que os Poderes são harmônicos e independentes entre si.

The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other. (HOLMES e SUSTEIN, 1999)

Por mais que haja um custo na prestação de um direito, os cidadãos realizam o pagamento de diversos impostos para que, justamente, em uma hora de necessidade possa se valer dos serviços públicos. Não há assim, que se falar no pagamento pelo Estado do direito pleiteado, pois, quem paga é o próprio cidadão.

Tal situação é tão absurdamente comum que, atualmente, muitas pessoas pagam duas vezes pelo mesmo serviço que é consagrado no rol dos direitos fundamentais e sociais.

Exemplo 1: o cidadão paga tributo para que tenham uma escola de qualidade para os filhos, mas acabam tendo que pagar

uma instituição particular, pois o ensino público possui falta de investimento.

Exemplo 2: o cidadão paga tributo para ter um hospital público de qualidade e tem que acabar pagando plano de saúde para, pelo menos, ter uma melhor chance de ser atendido.

Os defensores das teorias da reserva do possível e dos custos de direitos devem, pelo menos, refletir de forma mais profunda que quem, no final das contas, está arcando com os valores para a concretização do direito é o cidadão e, em muitos casos, paga duas vezes!

Ao defender e priorizar a utilização de recursos públicos de acordo com a escolha do Estado, a proteção aos direitos fundamentais será consideravelmente reduzida pois, como verificado em vários casos, ao diminuir o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menos a efetividade dos direitos se apresenta em uma sociedade, mas serão aqueles que buscarão o cumprimento desses de forma forçada (apelando, em alguns casos, para o uso da violência).

Embora sendo acolhido por alguns tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal vem, em suas decisões, afastando a recepção da reserva do possível e os custos de direitos como argumentos válidos nas teses do Estado para se esquivar do cumprimento dos direitos sociais consagrados pela Constituição Federal, principalmente nos casos envolvendo direitos sociais e fundamentais. Mais uma vez deve ser destacado: não é razoável a alegação da falta de recursos pelos Estados uma vez que, o fato material da falta dos mesmos é provocado (dolosamente), na maior parte das vezes, pelas péssimas gestões realizadas e descumprimento frontal do que apregoa a Lei Complementar 141 de 2012.

Por fim, essas teorias demonstram a pior face do Estado, transformando os gestores em simples economistas onde um

frio cálculo matemático decidirá quem é que terá ou não um acesso a determinado direito. Em outras palavras: defender a teoria dos custos dos direitos, como apresentada no item anterior, é realizar uma verdadeira “roleta-russa” jurídica com os direitos fundamentais.

5. Conclusão

Para atender a dignidade da pessoa, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano, o legislador constituinte preocupou-se em preservar os direitos fundamentais do cidadão.

Para atendimento do mínimo existencial, o Estado deve prestar os serviços públicos a fim de atender o expresso no artigo 6º da Constituição Federal, esses serviços devem ser prestados com qualidade para preservar o direito fundamental a vida estabelecida no caput do artigo 5º da Carta Magna. Essa prestação positiva do Estado está diretamente ligada as questões econômicas. A economia impulsiona o mercado gerando maior recolhimento de tributos, além de possibilitar maiores investimentos públicos.

A desigualdade social causada pela má distribuição de renda criou um abismo social e uma condenação dos hipossuficientes ao atendimento precário e insuficiente de suas necessidades.

Por todo exposto anteriormente, pode-se concluir que: valorizar a racionalidade econômica em detrimento da racionalidade jurídica inverte completamente a ordem de importância do consagrado pelo legislador nas mais diversas espécies normativas. Ademais, considerar que a efetividade dos direitos, aqui debatidos, deve ser observada conforme a condição financeira de cada ente público é, de forma clara e límpida, atacar de forma central a natureza fundamental dos direitos sociais.

A alegação, dos defensores das teorias criticadas, de que a aplicação princípio eficiência (consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal) em conjunto com uma análise de custo e benefício de cada direito deveria ser utilizada para verificar quais seriam as normas escolhidas para serem cumpridos pelo gestor público, seria, mais uma vez, um delírio utópico de determinados juristas esquecendo que os atos cometidos, diariamente, pela Administração Pública não respeitam o referido princípio.

Assim, ao se aprender sobre normas jurídicas e normas morais nos bancos dos cursos para se obter o bacharelado em Direito pode-se atestar que o não respeito aos direitos fundamentais, por qualquer uma das justificativas ora narradas, não é condizente com a legalidade e, muito menos com a moralidade, devendo ser sancionada nos termos civis e penais, visto que, moralmente, grande parte dos agentes políticos parecem não possuir remorso ou qualquer tipo de penalidade concernente aos aspectos mínimos de probidade e compaixão com o próximo.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei nº 13445/17. Dispõe sobre o Estatuto do Migrante.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releas-es/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

CALDAS, Diogo; ARRUDA, Camila. O Direito Fundamental à Moradia: As Desocupações Dos Espaços Urbanos Do Rio De Janeiro Sob A Ótica Da Função Social Da Propriedade. Org. MELLO, Cleyson de Moraes / José Rogério Moura de Almeida Neto / Regina Pentagna Petrillo (Coordenadores) Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JOSÉ ROGÉRIO MOURA DE ALMEIDA FILHO. Processo. 2019. Rio de Janeiro.

DOS SANTOS, Rebecca Mazzuchell. O conceito da reserva do possível nas decisões judiciais. Cadernos de iniciação científica. Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v. 7, p. 79, 2010

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999. p.226.

HOLSTON, James. Cidadania Insurgente – disjunções da democracia e da modernidade no Brasil; Tradução Claudio Carina; Revisão Técnica Luísa Valentini – São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 13–60.

PARANÁ. SECRETARIA DA JUSTIÇA, TRABALHO E DIREITOS HUMANOS DEPARTAMENTO DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA – DEDIHC. O QUE É CIDADANIA?

Disponível em: <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=131>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

PIOVESAN, Flávia. DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. Pág. 54

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2004.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento Como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.17

_____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. 3ªed. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2004.

STARTSE. Número de Faculdades de Direito no Brasil. <https://www.startse.com/noticia/mercado/1406-esse-e-o-numero-de-faculdades-de-direito-no-brasil-lawtech>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2020.

CORRUPÇÃO E CRIMES EMPRESARIAIS: O CRIME DE COLARINHO BRANCO E O DECLÍNIO ECONÔMICO

Marcus Abreu de Magalhães

Introdução

O estudo aborda o delito de corrupção e alguns crimes empresariais com o propósito de debater os efeitos deletérios ao conjunto da sociedade decorrentes da simbiose entre tipos penais voltados ao desfalque patrimonial de instituições públicas ou privadas. O termo simbiose, emprestado das Ciências Biológicas, é utilizado sem o rigor científico próprio dessa disciplina, mas como metáfora para a análise da complexa interrelação entre as condutas analisadas.

Os crimes empresariais aqui abordados são aqueles que têm como objetivo alcançar a ampliação de lucros, vantagens econômicas ou participação no mercado e a corrupção é aquela estrutural derivada da interação do agente público com o setor empresarial em detrimento da coletividade.

Esse inter-relacionamento entre a atividade empresarial e o governo para uso da máquina pública para favorecer determina-

das empresas ou atividades se reflete exatamente nessa simbiose entre crimes corporativos e o delito de corrupção.

A abordagem enfrenta a retroalimentação promovida pelo resultado auferido com tais práticas ilícitas bem como a proteção mútua resultante do alinhamento dos interesses em jogo. O tema parte da análise de Sutherland acerca dos autores desses delitos, a posição que ocupam na sociedade e a relativa tolerância obtida a partir dessa posição de poder. Em seguida, agrega-se a perspectiva de Douglass North, tanto aquela relativa ao papel das instituições, quanto do mecanismo de preservação desses grupos detentores de poder pelo mecanismo da ordem de acesso limitado. Finalmente, os delitos são analisados sob a perspectiva funcionalista do Direito Penal.

O crime de corrupção encontra-se no título dos crimes contra a Administração Pública, sendo que a corrupção passiva se encontra no capítulo daqueles praticados por funcionário público e o de corrupção ativa naquele dos praticados por particular. Por evidente, a corrupção se desenvolve com a interação entre o particular e o funcionário, refletindo em cada agente a tipificação específica de suas condutas.

A corrupção que interessa a este estudo é aquela realizada por crimes de colarinho branco, assim entendida a conduta perpetrada em contexto corporativo ou governamental. Partimos da definição de Edwin Sutherland (1949, p. 09) “crime cometido por uma pessoa de respeitável e de elevado status social, no curso de sua ocupação” para afastar aquele delito de corrupção pedestre, como o pagamento de propina para furar fila de atendimento ou escapar de multa eventual, situações que apesar de mais frequentes, não se amoldam ao interesse desta análise.

Por outro lado, os crimes empresariais aqui analisados são aqueles perpetrados com o propósito de favorecer a empresa ou o empresário em suas relações com o mercado, com o governo ou

com o fisco. A fraude contábil contra algum sócio ou o desfalque em alguma provisão ou passivo contingente não terão o mesmo interesse que a adulteração de insumos para auferir vantagem econômica e posição no mercado por exemplo.

2. A perspectiva de Sutherland

Edwin Sutherland cunhou o termo crime de colarinho branco e inaugurou esse debate acadêmico ao reconhecer a menor repressão incidente sobre tais crimes em decorrência do poder político e social exercido pelos perpetradores dos delitos. Para Sutherland, em razão da classe social, dos recursos econômicos ou das relações interpessoais privilegiadas os autores desses crimes conseguiriam exercer tanto a influência direta sobre instituições, quanto difundir campanha de desvalorização da relevância de seus delitos perante a opinião pública.

A abordagem de Sutherland agrega perspectivas da Sociologia e da Economia para o Direito Penal ao investigar como a criminalidade de colarinho branco transita de maneira diferenciada graças a possibilidade de acessos especiais às engrenagens que comandam a sociedade.

O criminoso de colarinho branco será aquele detentor de posição social favorável e por tal razão propenso ao benefício da impunidade. Porque integrantes das elites, tais criminosos são percebidos como pessoas de bem ou modelos para a sociedade, estampa que favorece a admiração e a empatia necessárias à complacência da sociedade.

Cumprir registrar que a obra do autor não autoriza a generalização pelo raciocínio inverso, não sugere que os integrantes da elite econômica, política ou intelectual sejam – por tal pertencimento – delinquentes por natureza. Ao contrário, Sutherland tem os criminosos como infiltrados nos grupos de destaque, a

perspectiva segundo a qual “toda a propriedade é roubo”, como por exemplo na obra *Eigentum ist Diebstahl*, de Pierre-Joseph Proudhon, não guarda conexão com seus pressupostos.

Além de os autores desses delitos possuírem posição favorável à exoneração de suas responsabilidades, os crimes de colarinho branco não apresentam violência gráfica ou tão evidente, ao contrário, resultam em prejuízos de larga escala, porém diluídos tanto no tempo quanto na abrangência territorial. Raramente há vítima específica a atrair a compaixão do público. Os efeitos se desdobram na falta de produção, de atendimento, de serviços ou de direitos fundamentais. Em síntese os danos restam distribuídos na sociedade o que não favorece a apreensão de sua verdadeira dimensão.

E é exatamente por isso que o crime de colarinho branco merece atenção especial do ordenamento jurídico. Na medida em que o desprezo pela lei praticado por empresários não sofre repressão por seus pares, pela imprensa ou pelo setor político estabelecido, Sutherland defende a necessidade de aprofundamento acadêmico para demonstrar a verdadeira importância do combate aos delitos econômicos dessa natureza.

A corrupção ligada à facilitação de benefícios irregulares a empresas, vale dizer, a organizações comandadas por criminosos empresariais é a mais deletéria à sociedade. Mais graves que ataques a vítimas individualizadas, tais crimes violam a confiança pública, afetam a moralidade e as organizações sociais e produzem violência e desorganização em larga escala.

Ademais a complexidade desses delitos, perpetrados por diversas pessoas, com práticas variadas, violações interligadas e coordenação sistemáticas resulta em dificuldade muito maior para sua repressão. Por tal motivo, são necessárias ferramentas penais mais sofisticadas, capazes de englobar soluções abrangentes e sob perspectiva social e organizacional, o que será visto no terceiro tópico, do funcionalismo penal.

Os estudos de Sutherland revelam a gravidade das consequências da disseminação dessa mentalidade criminoso no setor empresarial, por um lado sequer os empreendedores delinquentes se percebem como causa imediata desses males e por outro lado a sociedade não pressiona pela repreensão desses crimes. As práticas explícitas e consistentes da busca da maximização de lucro por meios ilícitos por parte desses agentes servem tanto para a fixação de interesses comuns do grupo criminoso quanto para descaracterizar a vilania, a violência ou a brutalidade, normalmente associadas aos demais crimes.

As vítimas desses delitos de colarinho branco encontram-se diluídas nas variadas camadas da sociedade e não têm capacidade de reação e muitas vezes também não se percebem como vítimas das condutas dos criminosos de colarinho branco. A Lei de Olson estatui exatamente a dificuldade de reação por parte de grupos difusos ante os elevados custos de transação e até mesmo das assimetrias de informação. Sempre que houver conflito entre a possibilidade de promoção de benefícios em prol de grupo delimitado e coeso, mas em prejuízo da coletividade difusa e anônima, as chances estarão do lado errado. Para Mancur Olson:

Mesmo que todos os indivíduos de um grupo grande sejam racionais e centrados em seus próprios interesses, e que saiam ganhando se, como grupo, agirem para atingir seus objetivos comuns, ainda assim eles não agirão voluntariamente para promover esses interesses comuns e grupais (OLSON, 1999, p. 14).

Nesse contexto, o enfrentamento dos delitos de colarinho branco merece maior destaque, empenho e prioridade por parte das instituições voltadas a assegurar a organização do Estado e a obediência aos princípios reitores da Administração Pública como a moralidade, eficiência e impessoalidade. O império da lei e da transparência deve alcançar as classes dominantes e os nichos encastelados em construções institucionais asseguradoras de privilégios.

3. Ordem de Acesso Limitado

O pesquisador e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1993 Douglass North elaborou teoria socioeconômica para compreensão das organizações humanas. O Estado seria tipo de organização maior apta a coordenar as demais entidades. O Estado, por ser detentor do monopólio da lei, da violência e dos meios para sua imposição, asseguraria o funcionamento da sociedade por meio de estímulos – que chama de *rent*, do inglês pagamentos, benefícios, dividendos – e sanções – multas e encarceramento – que são ponderados pelas empresas ao tomarem decisões.

Os conceitos econômicos de custos, custos de oportunidade, maximização quantitativa, curvas de indiferença, escassez de recursos são combinados para apresentar a lógica das organizações para a maximização de seus benefícios líquidos ou *rents*.

As condutas ilícitas – que interessam a este trabalho – serão aquelas que permitirão incremento ou ganho anormal para assegurar um ganho extra derivado da ação ilícita.

Certamente é possível obter ganhos extraordinários por meio de inovação, racionalização de processos, controle de qualidade ou até mesmo a graças à sorte. Porém, interessam aqui as estratégias de ganho por meio de *rents* não produtivos, derivados da manipulação do ambiente político, do apoderamento de vantagens por meio de regulamentações casuísticas, da obtenção de benefícios – como contratos públicos – por meio ilícito.

Esses chamados *rents* não produtivos são deletérios por não criarem valor para a sociedade. Ao contrário, representam desperdício de recursos e perda de oportunidades. O custo de oportunidade ao se perder a contratação da empresa mais eficiente ou de se permitir a edificação de obra pouco útil é exemplo clássico desse tipo de prejuízo em contratos públicos. Mas as hipóteses

são variadas e espalhadas por todo o conjunto social. Desde a criação de repartição inútil para criar cargos públicos para apaniguados até o patrocínio privado de iniciativas alheias aos objetivos de empresa em detrimento de acionistas, passando por fraudes a consumidores promovida por companhias privadas.

O papel dos rents é fundamental para compreender o comportamento dos atores das classes dominantes, responsáveis pela tomada das decisões de produção e investimento, tanto do setor público quanto da iniciativa privada. Nessa perspectiva, ante à imperfeição dos mercados, serão essas as decisões que irão diferenciar o desenvolvimento da economia e a continuidade do funcionamento da sociedade.

Os crimes de colarinho branco ocorrem exatamente nessa seara. O poder exercido por grupos detentores de controle sobre aspectos relevantes do funcionamento do conjunto social – sejam parlamentares, empresários, sindicatos, organizações criminosas – pode resultar em benefícios imediatos para os respectivos grupos e prejuízo para a sociedade. Essas vantagens isoladas extraídas em detrimento da coletividade devem ser reprimidas. O controle seja moral, administrativo, civil ou mesmo penal depende da compreensão das consequências dessas condutas.

Douglass North (2013) aponta para as vantagens da organização social de ordem aberta e desvantagens das sociedades organizadas em ordens de acesso limitado. Por tais termos o pesquisador estabelece que a ordem aberta será aquela onde a maioria das organizações econômicas são privadas, enquanto a sociedade se preocupa em assegurar regras convidativas ao empreendimento, assegurando a efetividade de instituições de controle destinadas a bloquear a criação de barreiras artificiais à atividade produtiva. Por outro lado, a ordem de acesso limitado será aquela onde políticas públicas impedem o ingresso de novos atores (ou players) ao erigir barreiras à entrada da concorrência. Tais privilégios ar-

tificiais, mantidos por mecanismos políticos e econômicos, engendram resultados contraproducentes ao limitar a produção, a competição e a oferta de bens em benefício de privilégios casuístas e socialmente indesejáveis.

O crime de colarinho branco explora exatamente essas lacunas ou defeitos na organização social para buscar ampliar rents e benefícios espúrios, derivados do exercício de poder e da criação de vantagens ilegítimas, seja pela geração de leis inadequadas, seja pelo descumprimento de regras de controle ou mesmo pela implementação de mecanismos paralelos destinados a assegurar a impunidade.

Nessa última perspectiva, a associação entre agentes privados e públicos, ou em outras palavras, a simbiose entre os crimes empresariais e o crime de corrupção, tem papel de destaque para assegurar o sucesso da empreitada criminoso. Empresários irão buscar tanto vantagens em contratos públicos, quanto vantagens artificiais em relação aos seus concorrentes, passando pela própria criação de demandas espúrias a serem custeadas pela sociedade.

Consoante a definição apresentada a ordem de acesso limitado será aquela onde a entrada dos atores (players) será limitada a conexões políticas, pagamento de propinas ou uso clandestino da força para assegurar a obtenção de licenças formais, criação de legislação própria ou mesmo alteração na legislação protetiva vigente destinada a proteger a concorrência ou a sociedade (patrimônio ambiental, cultural, social, sanitário). Tal acesso poderá ser imposto por meio da força física ou militar, econômica, política ou obtido por meio de alianças com as elites que dominam e controlam a atividade.

O desenvolvimento de sociedade próspera e justa passa, segundo essa óptica, pelo esforço de assegurar a transição para o modelo de acesso aberto, de sorte a maximizar a produção, a eficiência, a participação de todos e a distribuição justa das riquezas.

4. O prisma penal

A abordagem penal é importante na análise dos delitos de colarinho branco ante sua complexidade e a necessidade de interpretação conglobante do tipo penal. Crimes financeiros, fraudes intrincadas, delitos de corrupção intrincados com condutas típicas variadas demandam tipos penais abertos, normas penais em branco e maior flexibilidade, o que implica dinâmica penal mais sofisticada como a teoria funcionalista do delito, mais apropriada ao enfrentamento dessas modalidades de crime que a vetusta sistemática causalista ou finalista.

Assim sob o prisma do funcionalismo, que incrementa o arcabouço penal com perspectiva mais abrangente da conduta e de sua relação com a coletividade, é possível a relativização de algumas das garantias clássicas. Até mesmo a presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo*, os requisitos da busca e apreensão, a possibilidade de delação premiada, a leniência ou a justiça penal negociada (CASTRO, 2019). Com efeito, ainda que de regra o funcionalismo penal seja mais propenso a arrimar soluções mais brandas, em especial para crimes avulsos, praticados por agentes isolados, no caso de crimes complexos e interligados, com efeito deletério claro sobre o conjunto da sociedade, tal doutrina pode se revelar mais severa.

Além do aumento da violência tradicional verificado no Brasil, há questões que transcendem fronteiras, derivadas de razões explicadas pela dinâmica do século XXI. A sociedade hodierna gerou novas causas para riscos proibidos, meios de transporte mais perigosos, ferramentas cibernéticas com grandes vulnerabilidades, possibilidades variadas de novas condutas. De outro lado também construímos novos instrumentos para assegurar a anonimidade, meios de evasão à persecução penal. Além disso, a imprensa amplifica o noticiário criminal, engendrando nova

percepção de risco e maior sensibilidade da população aos riscos (ainda que nem sempre haja efetivo incremento nesses riscos).

Em síntese, perdemos alguns dos referenciais valorativos erigidos na construção da civilização eurocêntrica ocidental, mas ganhamos em diversidade e possibilidades. Esse novo mundo acarreta multiplicação de riscos e, portanto, também de regras com o objetivo de delimitar condutas e regular as novas variáveis da realidade cotidiana.

À evidência, essa inflação legislativa tumultua a aplicação da Lei Penal. A miríade de novas regras para regular setores específicos dificulta a aplicação coerente e proporcional. O cidadão comum não consegue se manter informado da evolução do ordenamento jurídico, dos objetivos da lei nem muito menos das conjunções políticas que levaram à promulgação desses novos regramentos.

Nessa linha de pensamento, retomando a análise de Sutherland, os detentores das classes sociais mais aquinhoadas com parcelas de poder político ou econômico têm maiores oportunidades de se aproveitar dessa nova realidade para impor seus interesses.

Nesse contexto, o funcionalismo penal melhor acompanha o esvaziamento do elemento subjetivo do crime, eis que aborda mecanismos sociais de funcionamento da sociedade. O arcabouço penal clássico localizava a responsabilidade na culpa, na ação (ou omissão), na causalidade e na verificação do dano. No causalismo, por exemplo, a ação criminosa se destacava pelo nexo causal com o resultado. A vontade era analisada em um segundo momento, na culpabilidade. Já no finalismo a vontade ganhou protagonismo, passando o Direito Penal a perquirir o objetivo do autor ao praticar a conduta. A finalidade da ação criminosa ganhou maior destaque que o próprio resultado para fins de aquilatar a reprovabilidade ou a responsabilidade do réu.

Entretanto, a complexidade da sociedade moderna requer abordagem mais holística do plexo de fatores que incidem para

a configuração do crime. O Direito Penal passa a considerar a construção normativa necessária à prevenção do risco ou mitigação dos danos inerentes às condutas dos agentes.

O indivíduo ou os atos isolados perdem a relevância e o foco é transferido para as estruturas sociais, as instituições e as relações necessárias para a própria constituição da sociedade. O risco inerente às condutas passa a ser aquilatado, eis que não se pode exigir atuação sem qualquer risco, sob pena de paralisação da atividade humana. Assim, teremos riscos permitidos, tolerados pela sociedade e riscos proibidos, aqueles que a sociedade não admite sejam tomados. As consequências passam para o primeiro plano da análise penal.

Desse modo, a abordagem funcionalista nos parece a mais adequada para analisar as escolhas de empresas, ou melhor dizendo, as decisões adotadas pelos gestores que controlam parcela de poder dentro das organizações. Os diretores e gestores tomam decisões a todo o tempo com o objetivo de maximizar o lucro e os objetivos correlatos da empresa (domínio do mercado, estímulo da demanda por seus produtos, redução de custos de produção, assegurar acesso à fonte de matérias primas, etc). Essas decisões importam riscos. Porém na medida em que as consequências de tais riscos podem afetar o conjunto da sociedade, os benefícios auferidos são concentrados pela própria empresa.

Portanto, a teoria funcionalista do delito permite a compreensão do fenômeno da criminalidade sob perspectiva apta a abarcar tais escolhas próprias do mundo corporativo. Os dirigentes – aqui vistos como as pessoas responsáveis por tomar decisões – podem responder penalmente pelas consequências dos riscos que a empresa assume.

Certes, é fundamental para o Direito Penal liberal a análise do indivíduo dentro da relação de confiança do pacto social. Entretanto, como visto no tópico anterior, de Douglass North, pas-

samos a analisar o comportamento das instituições e das estruturas organizacionais e o funcionalismo penal nos parece a doutrina adequada para análise dos delitos nesse contexto.

Nesse horizonte, o papel social do agente de colarinho branco é levado em consideração. A sociedade exige da empresa o papel de gestor de risco e poderá o imputar responsabilidades, inclusive penais aos gestores, pela criação de riscos proibidos.

5. Simbiose entre os agentes

A simbiose é a associação a longo prazo de dois organismos de espécies distintas, na transposição do conceito como metáfora para compreender a relação entre os crimes empresariais e o crime de corrupção, passamos a entender essa simbiose como a associação ilícita a longo prazo de agentes públicos e privados em busca de benefícios patrimoniais.

O termo se amolda tanto porque se trata de delitos de espécies diferentes – sendo delitos contra o patrimônio e contra a Administração Pública – quanto porque os agentes envolvidos também exercem papéis distintos no relacionamento.

No nosso tema, as organizações criminosas findam por encontrar pontos comuns, fatiando setores da sociedade em nichos controlados por cada grupo, consoante seu alcance e poder político, para extrair vantagens específicas em detrimento do conjunto da coletividade. Temos empreendimentos que auferem lucro ao desenvolver atividades vedadas, tais como as nocivas ao meio-ambiente, ao patrimônio histórico-cultural, à saúde de pessoas ou animais. Também há o desenvolvimento de práticas comerciais ilícitas, tais como a cobrança de valores não previstos em contrato, ou cláusulas contratuais impostas de modo irregular, por vezes com amparo em regras unilaterais ou regulamentos aprovados em dissonância com o ordenamento legal. A ocupa-

ção de parcela do território por organizações criminosas, como cartéis de tráfico ou milícias armadas, também se amolda aos padrões aqui analisados, pois obtém rendimentos da exploração ilícita (cobrança de taxas de proteção, trânsito, carga, comissão sobre vendas de mercadorias ou uso de áreas públicas) contando com a cumplicidade, omissão ou, ao menos, a impotência de agentes do Estado.

O universo das condutas reprováveis no âmbito do abuso institucional ou corporativo pode então abordar desde a poluição criminosa até o domínio violento de espaços públicos por grupos privados, passando pela construção de obras públicas desnecessárias.

A simbiose se verifica então na medida em que os agentes públicos corruptos servem aos criminosos empresariais oferecendo contratos, criando demandas, viabilizando recursos e – em especial – promulgando leis ou regulamentos para assegurar privilégios, barreiras à entrada ou demandas artificiais por produtos e serviços.

Por outro lado, os empresários servem aos agentes corruptos colaborando seja com campanhas políticas voltadas a assegurar a perpetuação em cargos públicos, seja pela partilha do butim amealhado com a prática criminosa, ou ainda pelo pagamento de propinas ou taxa de silêncio para assegurar a omissão nos controles. Fecha-se círculo vicioso onde os corruptos podem continuar ajudando criminosos de colarinho branco e vice-versa.

Essa simbiose entre diferentes grupos, identificados por objetivos complementares, tendo em comum a obtenção de vantagens em detrimento da coletividade (SUTHERLAND, 1949) compõe a complexa teia criminosa que atua em paralelo às instituições.

Conclusão

Ressalta-se a importância de coordenação dessas teorias no combate aos crimes corporativos. As teorias apresentadas seguem

encadeamento lógico. Por primeiro a existência desses crimes de colarinho branco com natureza própria, como delineada por Edwin Sutherland que cunhou o termo e apontou a distinção entre esses delitos – perpetrados pelos extratos mais respeitáveis e intocáveis da sociedade – e os crimes vulgares usualmente merecedores do opróbrio da opinião pública. Essa constatação, aparentemente corriqueira, pois incorporada ao arcabouço da disciplina penal, marcou a necessidade de reconhecimento, e conseqüente reprovação, de atividades ilícitas perpetradas por corporações ou por membros proeminentes da sociedade. Por suas contribuições, o autor foi homenageado em 1960 com a criação pela American Society of Criminology de prêmio que carrega seu nome: o Edwin H. Sutherland Award.

Em seguida, importante compreender como esses delitos de colarinho branco resultam em estruturas especialmente deletérias à sociedade, com grau de lesividade extraordinário, por provocar o esgarçamento de instituições e a destruição de significativos recursos coletivos, ainda mais lamentável não raro para obtenção de comparativamente pouca vantagem financeira. Crimes dessa ordem resultam em prejuízos coletivos seja pela disseminação de violência física, pela destruição dos aparatos e controles estatais, ou ainda pelo comprometimento do desenvolvimento econômico e civilizatório.

A dificuldade de repressão a esses delitos é extrema. O desmantelamento dessa modalidade de crime exige nova abordagem da ciência penal, com uso de ferramentas aptas a inserir o fenómeno do crime no contexto das relações institucionais, sociais e organizacionais. Destacam-se aí novas ferramentas como acordos de leniência, a resolução penal pactuada (*plea bargain*), a colaboração premiada e a cooperação entre instituições. O funcionalismo penal se encontra como solução sofisticada e compatível com as demandas da sociedade moderna, mais complexa, rica e diversificada, apto à construção de sistema penal mais adequado ao enfrentamento da questão.

O Direito Penal tem merecido críticas reiteradas, em grande parte por não lograr resolver problemas crônicos derivados de desequilíbrios econômicos, instabilidades sociais e descontrole de parcelas do território pelo Estado. Entretanto ainda é instrumento repressor, apto a induzir a alteração de condutas ou impedir a reiteração delitiva.

A aplicação de reprimendas administrativas, cíveis e até penais a gestores públicos e privados por infrações de extrema repercussão é mecanismo imprescindível para promover a estabilidade jurídica necessária ao desenvolvimento econômico.

Referências bibliográficas

CASTRO, A.L. (2019) Plea Bargain Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido Editora.

COASE, R. H. (1960) "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*. 3 (1): 1-44

DWORKIN, R. (1993) Justice in the Distribution of Health Care. *McGill LAW JOURNAL* Montreal: McGill. (1993) 38 McGill L.J. 883 Disponível em: <http://www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/4236093-Dworkin.pdf> Acesso em 02/FEV/2020

DWORKIN, R. (2002) Levando os Direitos a Sério. Coleção direito e justiça. São Paulo: Martins Fontes.

HAMDANI, A., KENENT, A. (2008). Corporate Crime and Deterrence. *Stanford Law Review*. Vol 61, I 2. pp. 271

NORTH, D.C., WALLIS, J.J., & WEINGAST, B.R. (2009). Violence and the Rise of Open-Access Orders. *Journal of Democracy* 20(1), 55-68. doi:10.1353/jod.0.0060.

- NORTH, D.C., WALLIS, J.J., & WEINGAST, B.R. (2013).
Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for
Interpreting Recorded Human History. New York: Cam-
bridge University Press.
- NORTH, D. C. (1990) Institutions, institutional change and
economic performance. New York: Cambridge University
Press.
- OLSON, M. (1999) A Lógica da Ação Coletiva. São Paulo:
EDUSP.
- RAWLS, J (1997) Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins
Fontes
- SUTHERLAND, E. H. (1949) White Collar Crime. New
York: Dryden Press

A PRÁTICA DA CLÁUSULA EARN-OUT EM OPERAÇÕES DE M&A

Sandro Vugman Wainstein

1 INTRODUÇÃO

A expressão “fusões e aquisições” é conhecida no mundo corporativo através da sigla em inglês M&A (mergers and acquisitions). De acordo com o Focus Economics (2017), o estudo das operações de fusões e aquisições (M&A) é altamente relevante, eis que tais operações envolvem por ano valores equivalentes ao Produto Interno Bruto (PIB) da quarta maior economia do mundo, ou seja, US\$ 4.1 trilhões (J.P. MORGAN CHASE AND CO, 2019).

O nível de gastos em M&A também excede os investimentos mundiais em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Por exemplo, o investimento global em P&D no ano de 2018 foi de pouco mais de US\$ 2 trilhões, conforme dados da R&D World (2018). Em outras palavras, é gasto mais dinheiro na compra de ativos que existem usando aquisições do que se investe na criação de algo novo.

Desde o início deste século, empresas brasileiras têm aumentado significativamente o número dessas transações, tanto no cenário nacional quanto no exterior. Conforme aponta a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (2019), somente no ano de 2018, os anúncios de M&A envolvendo aquisições de controle, incorporações e vendas de participações minoritárias totalizaram R\$ 177,2 bilhões, ocasionando uma elevação de 28,0% em relação ao ano de 2017.

No ano de 2019, o mercado de M&A no Brasil bateu novo recorde entre janeiro e setembro de 2019, com 614 transações, 31% superior ao mesmo período de 2018 e o maior volume acumulado dos últimos cinco anos, de acordo com levantamento da PwC (2019).

Observa-se nos últimos anos que a economia brasileira tem apresentado um volume considerável de operações de M&A, necessitando, portanto, de um melhor entendimento dos desdobramentos teóricos e práticos de tal atividade, vez que esse fenômeno, além de movimentar vultosas divisas, afeta naturalmente a sociedade e os indivíduos.

No entanto, fusões e aquisições (M&A) são operações complexas. Várias são as áreas de conhecimento aplicadas, tais como: direito, economia, administração, contabilidade, negociação, dentre outras, sendo que nenhuma delas apresenta uma dominância ou legitimidade sobre as demais.

Devido ao elevado grau de complexidade, riscos e incertezas as operações de M&A, também, dividem opiniões a respeito de suas vantagens e desvantagens, tendo sido revelados alguns casos de sucessos consistentes — e.g., Itaú-Unibanco (TEIXEIRA e DANTAS, 2015), GM-Fisher Body (KLEIN, 1993) e Ambev (CAMARGOS e BARBOSA, 2005) — e outros com algumas falhas espetaculares — e.g., Daimler-Chrysler (BADRTALEI e

BATES, 2007), General Foods–Burger Chef (AAKER, 2009) e Procter Gamble–Phebo (VASSALLO, 1996).

Nesse contexto, a realização de auditorias (*due diligence*) nas mais diversas áreas da empresa – financeira, contábil, legal, estratégica e cultural – é uma etapa fundamental para o sucesso da operação. Em síntese, a *due diligence* visa identificar e quantificar passivos da empresa alvo, a fim de que possam ser considerados na composição do preço de aquisição. Contudo, após a conclusão da operação, não é incomum o surgimento de passivos mal dimensionados ou até mesmo ocultos à aquisição. Além disso, não é raro que a avaliação do negócio (*valuation*) tenha sido efetuada mediante projeções financeiras demasiadamente otimistas ou pessimistas.

Isto tudo pode causar perdas significativas tanto para a empresa adquirente quanto para a empresa vendedora e, conseqüentemente, gerar um impacto negativo no retorno esperado por qualquer uma das partes. Assim sendo, a composição do preço de aquisição deve levar em considerações tais riscos, sejam eles “negativos” ou “positivos”. A moderna gestão de riscos, conforme abordada na nova ISO 31000/2018, faz uma comparação interessante entre os chamados “riscos negativos” e os “riscos positivos”. Riscos se referem tanto a ameaças (que geram impactos negativos) como a oportunidades (que geram impactos positivos).

Diante desse cenário, a alocação de riscos é um dos principais propósitos contratuais na estruturação de uma operação de M&A. A título de exemplo de arranjo contratual, temos a utilização da cláusula *earn-out* prevista como uma das formas de alocar esses riscos nos contratos de aquisição de ativos ou de participação societárias (conhecidos como *Stock Purchase Agreement* ou SPA). O objetivo deste artigo é estudar a cláusula *earn-out* e os seus efeitos negociais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Fusão ou consolidação é a união de duas sociedades, geralmente de porte semelhante, que se combinam em uma simples permuta de ações ou quotas, conforme o tipo jurídico adotado, dando origem a outra sociedade. Já a aquisição, segundo Jaffe, Westerfield e Ross (1995), é a compra de uma sociedade por outra, na qual somente uma delas irá permanecer com a sua identidade. No âmbito da legislação nacional (Lei nº 6.404/76 ou “Lei das S.A.”), as fusões e aquisições (M&A) são tratadas como formas de reorganizações societárias.

Conforme o art. 228 da referida Lei das S.A., a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Já a aquisição pode ocorrer mediante uma operação de incorporação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 227 da Lei das S.A.) ou, ainda, através de um operação de cisão pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (art. 229 da Lei das S.A.).

Ao longo do tempo o cenário das reorganizações societárias evoluiu com a edição da Lei nº 11.638/07 e da Lei nº 11.941/08, que introduziram o chamado *International Financial Reporting Standard* – IFRS – no Brasil, surgindo uma nova terminologia para se referir às reorganizações societárias como: “combinação de negócios”. Tal terminologia deu um caráter mais abrangente ao cenário das reorganizações societárias, englobando outras operações voltadas para a movimentação de ativos empresariais, mas que, por alguma razão, não necessariamente envolvem alterações societárias de maior repercussão.

Por exemplo, se alguém adquire uma empresa cujo objeto social envolve o aluguel de automóveis (juntamente com a sua clientela, seus estabelecimentos, seus sistemas, empregados e sua rede de contratos), haverá uma combinação de negócios. Todavia, se houver aquisição de apenas os automóveis usados desta locadora de veículos, estaremos diante de uma aquisição de ativo, e não de uma combinação de negócios, conforme expõe Muniz (2011).

Ronald H. Coase, em seu trabalho seminal denominado *The Nature of the Firm* (1937), concluiu serem as empresas feixes de contratos que organizam atividades econômicas visando a reduzir custos de transação de operar em mercados. Isto é, uma empresa pode ser vista a partir das inúmeras relações contratuais que ela celebra constantemente, quer seja com seus empregados ou com seus clientes e fornecedores.

Inspirada no que Coase (1937) entendeu consistir ser uma empresa, uma operação de M&A pode ser caracterizada como um processo guiado por um feixe (ou nexos) de contratos, que tem por objeto regular a combinação de negócios e outras relações jurídicas conexas que exsurtem entre as partes, independentemente da forma jurídica adotada na operação³.

Esse feixe ou nexos de contratos se estabelece em cada uma das etapas existentes no processo de M&A, pois uma operação desta natureza é composta por várias fases, desde a aproximação entre as partes, trocas preliminares de informações e assinatura de documentos iniciais, passando pela auditoria (*due diligence*), até o fechamento da transação (LUIZE, 2016, p. 145).

De acordo com Coutinho (2016), é fato que existe aquele que é conhecido em regra geral como o instrumento central

3 Cf. COELHO, 2002: “as operações de M&A consistem em um processo caracterizado por uma série de instrumentos jurídicos.”

de qualquer operação de M&A, pois sem ele a transação não se concretiza: o Contrato de Compra e Venda de Ações ou Quotas Representativas de Capital Social (CCVA ou SPA – *Stock Purchase Agreement*). Neste instrumento contratual, geralmente aparece a cláusula *earn-out* para eliminar a diferença entre a percepção do vendedor do valor de sua empresa e o desejo do comprador de não pagar pelo negócio mais do que ele vale.

2.1 Cláusula de *earn-out*

O processo de M&A é, por natureza, complexo e demorado. A assimetria informacional, a racionalidade limitada e os comportamentos oportunistas dos agentes, bem como a especificação de inúmeras possíveis contingências futuras, de policiamento e de solução de disputas, caso previstas de forma exaustiva nos contratos de SPA, acarretariam custos de transação tão elevados que, ao final a operação, restaria inviabilizada.⁴

As partes, ao celebrarem esses contratos, que disciplinam complexas operações econômicas, usualmente desconhecem o resultado econômico final do negócio e não têm certeza quanto às superveniências ou riscos econômicos que poderão se verificar no decorrer da sua execução, os quais, uma vez implementados, acarretarão ganhos econômicos para um contratante e perdas para o outro. Logo, a incompletude contratual, imporá aos envolvidos contingências e situações que virão a ocorrer após a sua formalização, sobre as quais não se tinha ciência exata.

É neste contexto que, em geral, existem duas formas de gestão de riscos nos contratos incompletos: a gestão negativa e a gestão positiva. Na gestão negativa, as partes deixam em branco certos

4 Original: “Bargaining costs, arising from incomplete information, irrational negotiation, strategic self-commitments, externalities, can lead to bargaining breakdown.” (COATES e JOHN, 2012)

elementos contratuais para serem determinados, em momento posterior, com a intervenção de uma ou ambas as partes, terceiro ou outros fatores externos. Por outro lado, quando as partes distribuem os riscos previsíveis por meio de cláusulas, realizam a chamada gestão positiva.

Na maioria das operações de M&A, a fixação do preço do ativo ou da participação societária é um entrave durante a fase negocial realizada entre as partes. Isso ocorre pelas diferentes expectativas que o vendedor e o comprador possuem quanto ao valor do negócio. A cláusula de *earn-out*, também, conhecida como cláusula de determinação contingente do preço ou simplesmente “preço contingente” é uma ferramenta utilizada por vendedores e compradores em operações de compra e venda de ativos e participação societária (SPA) para alinhar as expectativas das partes quanto ao valor da empresa a ser vendida e diferir o pagamento de uma parcela do preço de aquisição condicionando-o a certos eventos futuros, *i.e.* ao cumprimento de metas de performance (financeiras, estratégicas ou operacionais) ou de crescimento da empresa, após o fechamento da operação.

Conforme destacam Gilson e Black (2001), a cláusula *earn-out* ou de preço contingente é uma solução para a ausência de expectativas homogêneas entre as partes quanto à precificação do ativo:

Earnout or contingent pricing techniques respond to the failure of the homogeneous-expectations assumption; controls over operation of target's business during the period in which the determinants of the contingent price are measured respond to the failure of the common-time-horizon assumption; and the panoply of representations and warranties, together with provisions for indemnification and other verification techniques, res-

pond to the failure of the costless-information assumption. (GILSON; BLACK, 2001, p. 601-1602)

Com efeito, estudos divulgados em 2017 pela *Pepperdine School of Business and Management* demonstram que aproximadamente 33% das transações de M&A envolveram algum modelo de cláusula de *earn-out*.

Como visto, a previsão da cláusula *earn-out* nos contratos de M&A é um fator relevante para a alocação de riscos entre as partes, devido a natural assimetria de informações existente entre comprador e vendedor sobre as condições e performance do ativo a ser adquirido.

Porém, não são apenas os riscos internos de operação da empresa alvo que podem influenciar as partes a optarem pela inserção da cláusula *earn-out*. Os riscos externos, também, podem influenciar significativamente essa escolha, principalmente em se tratando de aquisições de empresas nacionais por estrangeiras. Dentre os fatores de riscos externos avaliados pelas empresas adquirentes, independentemente de suas nacionalidades, encontram-se presentes: a instabilidade econômica, problemas de infraestrutura, corrupção e baixo nível de *enforcement* (execução efetiva da lei e das obrigações pactuadas nos contratos), condições essas vivenciadas na maioria dos países em desenvolvimento como o Brasil.

No entanto, ainda que ocorra uma detalhada verificação dos riscos que envolvem determinado ativo a ser adquirido, nem todos eles podem ser previstos na transação. Nesta situação, os riscos poderão ser partilhados entre as partes, através da cláusula *earn-out*, dentre outras, utilizadas para esse fim no SPA.

Apenas a título de esclarecimento, quando se fala em riscos “negativos”, geralmente vislumbra-se a questão sob o ponto de vista do comprador, que poderá utilizar parcela do preço contin-

gente para abatimento de perdas que este ou a empresa adquirida venham a sofrer até a data do pagamento adicional. Nestes casos, utiliza-se, *e.g.* a cláusula de conta de depósito em garantia (*escrow account*), a retenção de pagamentos (*deferred payment*) e a compensação (*set of rights*).

Por sua vez, os riscos “positivos” na maioria das vezes estão vinculados a perspectiva do vendedor, que entende que o valor do seu ativo é superior ao avaliado pelo comprador. Sendo assim, é comum a utilização da cláusula *earn-out* como meio de se atingir um acordo acerca do valor do ativo em negociação entre um vendedor otimista e um comprador cético. Nas palavras de BAINBRIDGE (2012):

Contingent earnout provisions typically arise in the context of merger negotiations when buyer and seller find themselves at a fundamental disagreement with respect to valuation of the seller. Fundamentally, these disagreements resolve around different views of the uncertain post-signing prospects of the seller. Such prospects may be technical or commercial in nature. Or, they may simply relate to future states of the world that are simply unknowable by either party. With respect to these uncertainties, the seller is typically more optimistic than the acquirer. This may be because the seller has private information about the seller’s future prospects that it cannot credibly convey to the buyer, or it may simply be because the buyer and seller just have very different expectations about future states of the world. This divergence in views about the seller’s future results in differences in the question of valuation of the seller that if left unaddressed can prevent parties from reaching agreement. The earnout provision is a contractual term

that can help bridge these differences. It does so by creating a post-closing contingent payment obligation that becomes effective in the event the seller meets certain targets or exceeds predetermined thresholds with respect to revenue, profitability, market acceptance, technical achievements, or regulatory approvals.”. (BAINBRIDGE, 2012, p. 73-74).

O *earn-out*, como mencionado, surge nesses casos como uma forma de se mitigar e alocar riscos, de maneira que uma performance ruim do negócio por conta culminaria no pagamento de um preço mais vantajoso pelo comprador ou vice-versa. Justamente, a parcela economizada pelo vendedor poderia, então, ser investida no próprio negócio para garantia de estabilidade e crescimento além dos percalços.

É possível, ainda, destacar a utilização da cláusula *earn-out* como uma forma adicional de incentivo econômico para que o vendedor permaneça na administração da empresa adquirida e aja da melhor forma no sentido de maximizar os seus resultados, especialmente quando o desempenho da empresa está atrelado à capacitação e a expertise de seus sócios, administradores e colaboradores, bem como ao relacionamento que estes construíram com seus clientes e fornecedores. Botrel (2014) destaca que “em tais circunstâncias, é aconselhável (e comum) que o comprador condicione a realização do negócio à permanência do vendedor à frente da empresa, na qualidade de executivo, durante um período de transição (...)” (p. 49).

No entanto, se de um lado a cláusula *earn-out* pode servir de ponte para unir os interesses divergentes das partes, de outro, ela pode se tornar uma fonte de litígio. Há diversas disputas judiciais envolvendo operações com *earn-out* nos Estados Unidos e na Europa. No Brasil, é possível que haja disputas julgadas ou em

processo de julgamento por tribunais arbitrais, mas dada a confidencialidade de tais procedimentos é raro obter informações a respeito.

Dentro deste contexto, são diversos os fatores de litigiosidade entre comprador e vendedor em operações com uso de cláusulas de *earn-out*. A própria elaboração casuística da cláusula *earn-out* curiosamente é um dos fatores mais comuns de fonte de litígios. O ponto mais crítico pode ocorrer também no *pos-closing* quando o comprador já assumiu o controle da empresa. Pode ocorrer que o comprador nesse meio tempo adote comportamentos maliciosos que podem colocar em risco a verificação das condições do *earn-out* e assim evitar o recebimento pelo vendedor do preço de adicional.

Dadas as características intrínsecas do *earn-out* e seu grande potencial de litigiosidade, nota-se uma clara necessidade de se verificar quais os elementos fundamentais devem constar do texto desta cláusula inserida nos negócios realizados sob a égide do direito brasileiro, de forma a atender à sua natureza, ao seu racional econômico e a atingir os seus objetivos, minimizando ao máximo o potencial de disputa futura entre os contratantes.

Para preveni-lo, alguns cuidados devem ser observados para que os riscos sejam adequadamente endereçados. Por isso, há três grupos de matérias que devem ser observadas por ocasião da redação do contrato: (a) uma definição clara dos fatos que ensejarão o pagamento do preço adicional, (b) a definição dos deveres de comportamento e cooperação entre as partes, (c) instituição de mecanismos de controle da atividade da empresa (SÁ, 2011).

Neste particular, sugere-se a utilização do método desenvolvido por Crimmins, Gray e Waller (2009), cuja ordem lógica apresentada poderá na medida do possível mitigar o risco de discussões futuras. Destacam-se os seguintes aspectos que devem ser levados em consideração pelos autores desse método:

(i) a definição e o escopo do próprio negócio adquirido; (ii) a escolha da métrica e dos parâmetros de aferição do desempenho da sociedade em questão; (iii) a seleção dos padrões contábeis que servirão de base para a aferição do valor contingente; (iv) a determinação do período de maturação do *earn-out*, da estrutura de pagamento e das potenciais garantias de recebimento do valor contingente pelo vendedor; e (v) a alocação do nível de ingerência e controle sob a companhia adquirida entre comprador e vendedor após o fechamento da operação e durante o período do *earn-out*, assim como o nível de suporte que o comprador se comprometerá a dar ao vendedor para que este atinja as metas do preço contingente.

Tratando-se de *earn-out* as melhores práticas exigem um nível considerável de detalhamentos a serem adotados nos contratos de M&A. Caso contrário, disputas judiciais ou arbitrais tendem a onerar de forma significativa as partes envolvidas na transação.

2.2 Exemplo de caso hipotético

A empresa A (compradora) conduziu uma revisão estratégica interna e concluiu que sofre uma importante lacuna de um determinado produto. Seu cenário competitivo evoluiu de tal forma que seus clientes agora preferem soluções *one-stop-shop*⁵ que incluem o Produto X, que atualmente não produz.

5 O termo tem origem nos Estados Unidos na primeira metade do Século XX e faz referência às lojas de conveniência presentes nos postos de gasolina norte-americanos, que são bastante populares por oferecerem em “apenas uma parada” um pouco de tudo que as pessoas mais precisam, como um remédio para dor de cabeça, açúcar ou removedor de esmaltes, sem que tenham que sair procurando os itens por toda a cidade.

Dado que a empresa A possui grande conhecimento de seu cenário competitivo, a velocidade de entrada no mercado é fundamental para a sua sobrevivência. Desse modo, a empresa A opta por adquirir uma *startup* (a empresa B), especializada no Produto X.

O acordo de confidencialidade (NDA) é firmado entre as partes, e dados financeiros e operacionais começam a ser trocados. A empresa B conduz sua análise interna através do método de avaliação de fluxo de caixa descontado conhecido como *discounted cash flow* (DCF), que gera um *Enterprise Value* (“EV”) de US\$ 16 milhões. A empresa A realiza sua análise do DCF que gera um EV consideravelmente inferior de US\$ 4 milhões.

A empresa A faz uma oferta de US\$ 4 milhões e a empresa B faz um contra pedido de US\$ 16 milhões. A empresa A explica que a empresa B tem apenas um ano (2019) de histórico financeiro e que, embora lucrativa, ainda precisa provar que pode conquistar participação de mercado de outros concorrentes.

Por outro lado, a Empresa B explica que o Produto X é alimentado por tecnologia proprietária patenteada (menor custo) e é suficientemente diferenciado de outros produtos no mercado para não apenas capturar clientes, mas também criar nova demanda. A visão da empresa B é de que isso impulsionará o crescimento da receita a taxas bem acima das médias do setor.

Após dias de negociações, ambas as empresas se veem em um impasse no preço de compra sem alcançarem um acordo. Dessa forma, as partes definem que o pagamento de uma parte do preço será condicionado à ocorrência de certas metas futuras.

Um exemplo singelo e apenas elucidativo, pode ser demonstrado através da seguinte cláusula:

O preço da aquisição acordado pelas Partes é de até US\$ 16 milhões e será pago da seguinte forma: (i) US\$ 4 mi-

lhões, em moeda corrente nacional, na data da assinatura desse instrumento; (ii) US\$ 4 milhões por ano, durante 3 anos consecutivos, sujeito ao atendimento de determinadas metas estabelecidas entre as partes (*earn-out*), calculado com base no faturamento mensal médio da empresa vendedora e a permanência de seus principais executivos na empresa durante esse período.

Note-se acima a expressão “preço total de até”, justamente porque há um teto de preço a ser pago ao vendedor, de R\$ 16 milhões, mas que não necessariamente será atingido. Além disso, verifica-se que a presença de seus principais executivos na operação serve de incentivo para a empresa alcançar suas metas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Convém utilizar a cláusula de *earn-out* em contratos de M&A para permitir o atingimento de um consenso entre as partes, quando o elemento fundamental do preço está em descompasso com as expectativas dos contratantes. No entanto, tal cláusula necessita de cuidados na sua redação, sob pena de uma solução resultar em litígio futuro.

Não existe uma fórmula de sucesso pronta de cláusula de *earn-out*, tampouco, um modelo pré-estabelecido capaz de evitar conflitos entre comprador e vendedor. Em suma, mecanismos de *earn-out* podem e devem ser utilizados como uma forma de auxiliar comprador e devedor na definição do preço da operação em determinados casos, por permitir um maior equilíbrio entre os riscos e expectativas de cada uma das partes quanto ao negócio em si. A estruturação ideal depende dos termos e condições de cada negócio, o que precisa ser avaliado por profissionais experientes em cada caso.

REFERÊNCIAS

- AAKER, David. **Administração estratégica de mercado**. Porto Alegre: Bookman, 2009.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS. **Anúncios de fusões e aquisições registram aumento de 20,0% no ano**. 2019. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/informar/relatorios/mercado-de-capitais/boletim-de-fusoes-e-aquisicoes/integra.htm. Acesso em 20 maio 2019.
- BADRTALEI, Jeff; BATES, Donald L. **Effect of organizational cultures on mergers and acquisitions**: The case of DaimlerChrysler. *In: International Journal of Management*, v. 24, n. 2, p. 303, 2007.
- BAINBRIDGE, Stephen M. **Mergers and acquisitions**. 3 ed. New York: Foundation Press, 2012, pp. 73-74.
- BOTREL, Sérgio. **Fusões e aquisições**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMARGOS, Marcos A.; BARBOSA, Francisco V. **AmBev from the merger of Antarctica and Brahma to the merger with Interbrew**: an analysis of financial, economic and strategic progress. *In: REGE Revista de Gestão*, v. 12, n. 3, p. 47-63, 2005.
- COATES, I. V.; JOHN, C. **Allocating risk through contract**: Evidence from M&A and policy implications. Working Paper, Harvard Law School, 2012.

- COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm**. *In*: *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.
- COELHO, Fábio U. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COUTINHO, Sergio M. B. **Fusões e aquisições**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CRIMMINS, Paul M.; GRAY, Ben; WALLER, Jessica. **Earn-outs in m&a transactions: key structures and recent developments**. *In*: *The M&A Journal*. v. 10, n. 10, p. 1, 2009.
- FOCUS ECONOMICS. **The world's top 10 largest economies**. 2017. Disponível em: www.focus-economics.com/blog/the-largest-economies-in-the-world. Acesso em 20 maio 2019.
- GILSON, Ronald J., BLACK, Bernard S. **The law and finance of corporate acquisitions**. Nova York: Foundation Press, 2001.
- JAFFE, Jeffrey F.; WESTERFIELD, Randolph W.; ROSS, Stephen A. **Administração financeira**. São Paulo, Atlas, 1995.
- J.P. MORGAN CHASE AND CO. **2019 Global M&A Outlook Unlocking value in a dynamic market**. 2019. Disponível em: <https://www.jpmorgan.com/jpmpdf/1320746694177.pdf>. Acesso em 20 maio 2019.
- JUSBRASIL. **Página 32 da Empresarial do Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP) de 5 de Maio de 2017**. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/145405272/dosp-empresarial-05-05-2017-pg-32>. Acesso em 02 dez. 2017.

KLEIN, Benjamin. **Vertical integration as organizational ownership: the Fisher Body–General Motors relationship revisited.** *In*: WILLIAMSON, O.E.; WINTER, S.G. (Org). *The nature of the firm: origins, evolution, and development.* New York: Oxford University Press, 1993.

LUIZE, Marcelo S. **Cláusula de indenização e resolução contratual em operações de fusão e aquisição:** Necessidade ou mera reprodução do modelo Anglo-Saxão. *In*: *Estudos Aplicados de Direito Empresarial*, p. 145, 2016.

MUNIZ, Ian de Porto Alegre. **Fusões e aquisições** — Aspectos Fiscais e Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PEPPERDINE UNIVERSITY. **Pepperdine Private Capital Markets Project 2017.** Disponível em: <https://bschool.pepperdine.edu/about/people/faculty/appliedresearch/research/pcmsurvey/content/private-capitalmarkets-report-2017.pdf>. Acesso em 24 jul. 2019.

PWC. **Fusões e Aquisições no Brasil** - Outubro 2019. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/assessoria-tributaria-societaria/fusoes-aquisicoes/2019/fusoes-e-aquisicoes-no-brasil-outubro.html>. Acesso em 26 nov. 2019.

R&D WORLD. **The global R&D outlook.** Disponível em: <https://www.rdmag.com/article/2018/03/2018-global-r-d-funding-forecast-snapshot>. Acesso em 20 maio 2019.

SÁ, Fernando O. **A determinação contingente do preço de aquisição de uma empresa através da cláusula de earn-out.** *In*: *Aquisição de empresa*, 1ª edição, Coimbra Editora S.A, 2011.

TEIXEIRA, Carlos A. C.; DANTAS, Giane G. T. **Fusão e aquisição na indústria bancária brasileira** - Estudo de caso Itaú – Unibanco. *In*: Simposio de Excelência em Gestão e Tecnologia XII SEGeT, 2015.

VASSALLO, C. **Como encontrar a porta de entrada**. 1996. Disponível em: Portal Exame. Acesso em: 26 abr. 2018.

TRANSPORTE POR APLICATIVO E MUDANÇA INSTITUCIONAL NO DIREITO À MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

Andréa Karla da Silva Alves

Bráulio Gomes Mendes Diniz

Yanko Marcus de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

A qualidade de vida no ambiente urbano e o bem-estar de sua população depende de condições que hoje integram o rol dos direitos sociais. A qualidade da moradia, as opções de lazer, as oportunidades de trabalho e, mais recentemente, a mobilidade urbana são funções que o urbanismo há muito destaca como fundamentais numa a cidade⁶ e que hoje integram o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

6 A referência comum às funções da cidade tem como base LE CORBUSIER (1993), utilizada tanto pela doutrina jurídica brasileira mais tradicional de Direito Urbanístico (SILVA, 2015, 27-31), como por abordagens mais recentes que tendem a modificar, ampliar ou subdividir as referidas funções sociais da cidade em outras mais contemporâneas a partir da Nova Carta de Atenas (GARCIAS; BERNARDI, 2008). Também são destacadas tais funções quando consideradas as funções econômicas da cidade, como em BEAUJEU-GARNIER (2010, 49-67). Em termos jurídico-positivos, a Constituição Federal cita expressamente as funções sociais da cidade no dispositivo que cuida da política urbana (art. 182).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) se dispôs a revisar os parâmetros de identificação da população urbana brasileira superando o mero critério da divisão político-administrativa. Preocupando-se mais a realidade territorial urbana e utilizando a base dados do Censo Demográfico de 2010, o órgão identificou que àquela época 72% da população brasileira pertenciam a um grupo denominado “unidades populacionais com alto grau de urbanização” (BRASIL, 2017).

A emergência das questões urbanas no cenário jurídico e o aumento dessa população que depende do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade revela a importância de estudos como o ora proposto. Compreendido o direito à mobilidade urbana de forma mais ampla do que o simples transporte por envolver as condições gerais como pessoas e cargas se movimentam na cidade, busca-se fazer uma correlação entre esse tema recentemente constitucionalizado no Brasil e duas das concepções de desenvolvimento que constam da literatura sobre o tema: aquela que considera a ampliação de liberdades e a que associa à noção de instituições e de mudança institucional.

A partir de um referencial bibliográfico e documental, busca-se associar o direito à mobilidade à ampliação de liberdades, de modo que sua deficiência seria um fator adicional de incapacidades e restrições. Por outro lado, o cenário de deficiência institucional que impede a concretização desse direito no Brasil tenderia a se modificar com o surgimento dos serviços de transporte por aplicativo e seu acolhimento pela ainda incipiente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 DIREITO À MOBILIDADE URBANA E AMPLIAÇÃO DAS LIBERDADES

A mobilidade urbana enquanto direito não figura mais somente na doutrina jurídica respectiva (TAVARES, 2016, p. 508-

509 e 710, e GUIMARÃES, 2012, p. 85-86), mas integra expressamente o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Não bastante a lei ordinária sobre o tema, de 2012, nos anos de 2014 e 2015 foram promulgadas, respectivamente, as Emendas Constitucionais nº 82 e 90⁷. A primeira dispôs sobre “o direito à mobilidade urbana eficiente” ao constitucionalizar a segurança viária (art. 144, §10, I, da Constituição Federal, parágrafo inserido pela referida Emenda). A segunda incluiu o transporte no rol dos direitos sociais do art. 6º.

Sem a pretensão de discutir as várias abordagens que cuidam da relação entre direito e desenvolvimento (GUIMARÃES, 2013), o presente estudo apenas assume o fato de as normas jurídicas terem papel fundamental na construção de quaisquer das perspectivas de desenvolvimento que se adote. Existe, portanto, essa relação necessária e variável em torno da qual se desenvolvem os estudos na área de Direito e Desenvolvimento (D&D). Uma forma de conceber o acolhimento, pelo direito, das variadas perspectivas de desenvolvimento decorre do fato de o sistema jurídico ser normativamente fechado, mas cognitivamente aberto (NEVES, 2016, p. 95-106).

As cláusulas constitucionais mais abertas e aptas a absorver um maior número de significados revelam o acolhimento do direito ao desenvolvimento pelo sistema jurídico, sem, contudo, pré-estabelecer qual o tipo específico de desenvolvimento almejado, o que demanda uma construção interpretativa, a partir dos demais elementos do ordenamento jurídico. Assim se dá com a ideia de desenvolvimento sustentável, não prevista expressamente na Constituição Federal, mas decorrente de suas disposições quando harmonicamente interpretadas.

7 Todas as referências à legislação brasileira utilizaram como fonte o portal de legislação da Presidência da República, nas respectivas sessões de emendas constitucionais, leis ordinárias etc. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 18 fev.2020. A lei citada é a Lei nº 12.587/2012.

Como marco na ideia de desenvolvimento sustentável, menciona-se a Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que aprovou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. O documento revela a emergência de uma preocupação com o meio ambiente como se fosse um entrave ao desenvolvimento (MACHADO, 2016, p. 61-81), não obstante a ideia de sustentabilidade seja muito mais ampla do que o aspecto estritamente ecológico (SACHS, 2009).

A Constituição Federal atrai a noção desenvolvimento sustentável para o sistema jurídico mesmo sem utilizar a expressão, por meio das variadas cláusulas que remetem a tipos específicos de desenvolvimento⁸. A referência à sadia qualidade de vida está presente tanto na regulação do meio ambiente (art. 225) como no dispositivo da política urbana (art. 182), que objetiva o bem-estar dos habitantes da cidade. Em suma, dentre as várias ideias de desenvolvimento acolhidas na Constituição Federal, a sustentabilidade e a centralidade do ser humano são uma constante, inclusive no que se refere ao meio ambiente urbano (FIORILLO, 2013).

Como referência mais contemporânea e objetiva da ideia de desenvolvimento sustentável, menciona-se a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)⁹, que traz especial preocupação com o meio ambiente urbano e de onde se infere que parte significativa do desenvolvimento humano envolve questões afetas às cidades e em especial à mobilidade¹⁰. A Agenda

8 Desenvolvimento “nacional” (art. 3º, II) ou “nacional equilibrado” (art. 174, §1º); o “desenvolvimento socioeconômico” (art. 151, I) ou “econômico, social e urbano (art. 21, IX e XX)”. No contexto da ciência, inovação e tecnologia, o “desenvolvimento cultural e socioeconômico” com referência ao “bem-estar da população” (art. 219); e mais precisamente quanto ao meio ambiente (art. 225).

9 Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/>>. Acesso em: 12 jun.2019.

10 Do conjunto dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), existe um especificamente dedicado a Cidades e Comunidades Sustentáveis (ODS 11),

é absorvida pelo sistema jurídico brasileiro justamente por força da ideia de desenvolvimento e bem-estar do art. 182, supracitado.

Verifica-se, portanto, que a mobilidade urbana está diretamente relacionada ao conceito jurídico-constitucional de desenvolvimento sustentável. Adotada uma perspectiva de desenvolvimento como ampliação de liberdades ou remoção de obstáculos impeditivos ao pleno gozo dela (liberdade), como ocorre com a falta de renda ou saúde, cumpre demonstrar como as deficiências de mobilidade urbana obstam o desenvolvimento por restringir oportunidades e de que forma esse déficit de mobilidade pode vir a agravar outras situações de debilidade social mais tradicionalmente estudadas.

Boa parte da responsabilidade pela deficiência de mobilidade urbana pode ser imputada ao Estado, uma vez que a política de desenvolvimento urbano é eminentemente estatal, por força de expressa disposição constitucional (art. 182). Se por um lado não há como sustentar nessa seara uma postura liberal, de completo absentéismo estatal – espécie de *laissez-faire* – por outro, não há como exigir uma providência igual de bens a todos os cidadãos. O ideal é que se busquem intervenções que proporcionem meios equivalentes para que todos possam participar em condições de igualdade da corrida econômica, sendo essa a diretriz de atua-

de onde se destacam as Metas 11.2 (necessidade de sistemas de transporte de qualidade); 11.7 (acesso universal aos espaços públicos da cidade); e 11.A (integração econômica, social e ambiental entre áreas urbanas, periurbanas e rurais). Especificamente quanto a transportes públicos de qualidade (Meta 11.2), seriam aqueles “seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível”, como tais, condição para a “segurança rodoviária”, atributo viabilizado por meio da “expansão de transportes públicos”. No ano de 2018, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), para adaptar os ODS à realidade jurídica e administrativa brasileira, substituiu a ideia de “transporte público” pela noção mais ampla de mobilidade, assim como já utilizou a expressão “segurança viária” que consta expressamente do texto constitucional (BRASIL, 2018)

ção estatal quando de fala de intervenção para fins de isonomia (DWORKIN, 2012, p. 359-364).

Assim, desde o planejamento urbano até o exercício do poder de polícia e a ordenação do tráfego de pessoas e bens devem ser potenciais indutoras de comportamentos socialmente desejáveis e superação de desigualdades incrustadas em determinadas sociedades. Para atuar dessa forma, uma política de mobilidade urbana voltada para o desenvolvimento precisa superar análises baseadas somente na renda ou riqueza.

Na verdade, ao apurar a forma de acesso à renda, como as condições de deslocamento casa-trabalho, pode-se estar atuando de forma muito mais direta na superação das dificuldades econômicas do que numa análise puramente econômica. Eventualmente, pode-se descobrir que o pouco tempo de deslocamento pode estar associado tanto a situações de riqueza como a condições extremas de baixa qualificação e pobreza (PERO; STEFANELLI, 2015).

A ideia de desenvolvimento por meio da ampliação da liberdade considera esta última não somente um fim a ser atingido (valor constitutivo), mas também um meio para o alcançar (valor instrumental). Nesta última função, o desenvolvimento ocorreria de forma incremental, por meio da ampliação de direitos, oportunidades e intitamentos (entitlements) para as pessoas conduzirem a vida que desejam conforme a individual perspectiva de vida boa autonomamente considerada por cada um. As liberdades ditas instrumentais seriam de cinco tipos, todas inter-relacionadas e complementares, de modo que a ampliação de uma auxiliaria na expansão das demais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, segurança protetora e transparência (SEN, 2010, p. 55-62).

Sob essa perspectiva, a mobilidade urbana contribui para a ampliação de pelo menos duas das liberdades instrumentais: as

facilidades econômicas e as oportunidades sociais. Com maior eficiência na circulação de pessoas e bens, intensifica-se o fluxo de trocas, proporcionando a obtenção de renda, seja por meio da venda da força de trabalho ou pelo exercício de uma atividade econômica mais simples. Quanto ao fluxo de pessoas, sua facilitação oportuniza o acesso a serviços sociais, como saúde e educação, eventualmente sonegados ou preteridos em razão do custo pessoal de deslocamento dentro do espaço urbano, o que acaba por restringir as oportunidades sociais.

Desigualdades provocadas pelas deficiências no sistema de transportes não são ignoradas por estudos técnicos, que têm se preocupado com essa questão desde a década de 70, mas vêm ganhando novas abordagens agora para orientar o planejamento de ações nos sistemas de mobilidade para mitigar o que se denomina exclusão social relacionada ao transporte ou deficiência de transporte (*transport-related social exclusion* ou *transport poverty*) (LUCAS, 2012). Dentre os impactos socioeconômicos considerados na regulação do sistema de transportes está o “gap de mobilidade” (SENNA, 2014), justamente devido às consequências da falta desse direito para o desenvolvimento pessoal.

Na ideia de desenvolvimento como liberdade, o déficit de mobilidade pode ser considerada uma desvantagem acoplada a outras já existentes, como a falta de renda ou alguma doença incapacitante, o que permite melhor compreender a diferença entre uma pobreza renda (menos gravosa) e uma pobreza de capacidades, mais preocupante e limitadora (SEN, 2010, p. 120-123). Essa ideia está presente, por exemplo, no ODS 11, quando dedica especial atenção às pessoas em situação de vulnerabilidade, como idosos, mulheres e pessoas com deficiência¹¹.

11 Em glossário disponível sobre o ODS 11, a vulnerabilidade é descrita como

3 TRANSPORTE POR APLICATIVO E MUDANÇA INSTITUCIONAL NA MOBILIDADE URBANA

O estudo do desenvolvimento com base na evolução histórica das instituições está ligado ao que se denomina nova economia institucional (NEI) (GUIMARÃES, 2013, p. 22). Ela tem em comum com a visão anterior – de ampliação de liberdades – uma proposta de romper os paradigmas tradicionais de estudo do desenvolvimento. Numa, amplia-se a base informacional tradicionalmente preocupada somente com a; na outra (NEI), superam-se as ideias econômicas clássicas, como a noção de que os mercados perfeitos e decisões racionais baseadas em informações completas.

Mais especificamente em relação à NEI, ela toma como premissa o fato de que o comportamento humano quase sempre se baseia em informações incompletas e que a racionalidade construída para se decidir não ocorre abstratamente, mas a partir de elementos concretos. Com base nisso, entende-se que as instituições desempenham um importante papel na construção do ambiente restrito em que se formam as decisões pessoais e comunitárias (NORTH, 1993).

Consideram-se instituições quaisquer regras, formais (Constituição Federal, leis, decretos etc.) ou informais (rejeição social, crítica da opinião pública etc.), que orientam as escolhas dos agentes sociais. Em termos literais, “instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana” (NORTH, 2018, p. 13). O terceiro elemento considerado são as garantias de efetiva aplicação dessas regras, formando assim o tripé composto pelas regras formais, informais (eventualmente mais eficazes do que as formais) e as respectivas medidas de execução (enforcement).

uma situação de maior suscetibilidade a infortúnios; em termos literais, “é, portanto, o inverso da segurança”. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/glossario-ods-11.html>. Acesso em 12 jun.2019.

Como direito dependente de ação estatal (prestação direta dos serviços, regulação e exercício do poder de polícia), para a mobilidade urbana interessa mais o enfoque sobre as regras formais e os mecanismos necessários ao seu cumprimento (*enforcement*), pois são os aspectos que condicionarão a oferta de serviços de transporte às pessoas e que, por via de consequência, limitarão e moldarão suas escolhas. A existência de estacionamentos públicos – o a falta de fiscalização quanto aos locais de estacionamento não permitido – por exemplo são subsídios ao uso do automóvel (VASCONCELLOS; CARVALHO; PEREIRA, 2011), o que envolve a existência de uma regra de trânsito e seu efetivo cumprimento.

Uma dificuldade institucional recorrentemente apontada na mobilidade urbana é a indefinição quanto às regras de competência entre os entes federativos (BRASIL, 2005, p. 8, e VASCONCELLOS; CARVALHO; PEREIRA, 2011, p. 66 e seguintes). Se uma das funções das instituições é justamente reduzir incertezas (NORTH, 2018, p. 18), o texto constitucional brasileiro tem a fragilidade da imprecisão quanto à responsabilidade pelo planejamento e execução de ações voltadas para a mobilidade urbana. A recorrente utilização de tipos normativos abertos e indeterminados (“diretrizes” ou “normas gerais”) mantém difusa e imprecisa a delimitação da competência mais ampla da União¹² e elas são comuns em questões de mobilidade urbana¹³.

12 Cita-se como problema crônico desse tipo de cláusula o longo debate havido no STF sobre um dispositivo específico da Lei nº 8.666/93 quanto aos limites da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações públicas, mais especificamente, de impor certos requisitos para doações de bens de outros entes da federação. Trata-se da ADI 927 MC/RS. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039. Todas as referências a julgamentos do STF utilizaram como fonte o portal de pesquisa de jurisprudência disponibilizado pela Corte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 fev.2020

13 Citam-se como exemplos as competências constitucionais executivas da União previstas no art. 21, IX e XX, da Constituição Federal; as competências

As dificuldades aumentam quando se considera a multiplicidade de enquadramentos jurídicos possíveis para os serviços de transporte prestados conforme sejam qualificados como público ou privado; individual ou coletivo; intermunicipal ou interestadual etc. Ainda que não se consiga estabelecer a eficiência necessária, espera-se que as instituições confirmem ao menos certa estabilidade (NORTH, 2018, p. 18), o que fica difícil quando utilizadas normas (regras formais) que reiteradamente criam conflitos e que somente por meio de jurisprudência –pós-conflitos – se consolidam.

A mobilidade urbana já teve a oportunidade de experimentar as consequências dessa deficiência institucional no caso dos serviços de moto-táxis ou moto-fretes, somente dirimido por meio de ações de inconstitucionalidade julgadas pelo STF, depois que variados Estados e Municípios deram soluções as mais diversas¹⁴. No caso, se estabeleceu que a competência para legislar sobre trânsito e transporte, e assim estabelecer as condições de segurança e higiene para exploração dos serviços seria da União, o que não resolveu o problema, dado o reiterado surgimento de novos serviços.

No atual cenário, a questão reaparece como novas versões do mesmo conflito de competências, agora em meio aos serviços de transporte por aplicativo. Citam-se dois exemplos: i) o recente julgamento sobre transporte individual de pessoas não mais em motocicletas, mas em automóveis, a exemplo do apli-

legislativas privativas da União do art. 22, IX e XI, e as competências materiais comuns do art. 23, XII.

14 Cf. as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADI 3136, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006; ADI 3135. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2006 e ADI 2606, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2002.

cativo Uber¹⁵; e ii) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 574, à qual foi negado seguimento, mas ainda pendente de recurso¹⁶, que envolve o transporte coletivo de passageiros, em nível intermunicipal e interestadual, cuja petição inicial cita expressamente uma das plataformas (Buser¹⁷) como exemplo de violação das regras estabelecidas.

Normas infraconstitucionais recentes buscaram resolver esses problemas¹⁸, mas à falta de definição estatal sobre as regras formais, serviços de transporte por aplicativo vêm ocupando espaços não preenchidos pelo responsável constitucional pela política de mobilidade urbana, o que pode modificar as instituições – em especial as regras formais e as medidas de execução – que hoje compõem esse cenário de indefinição e inação.

Muito da questão da mobilidade passa pela calibragem entre a oferta e a demanda que circula na infraestrutura viária, tanto que a previsão constitucional do direito cita expressamente a necessidade de estudos de engenharia de trânsito (art. 144, §10, Constituição Federal). Para evitar a sobrecarga do sistema e os consequentes impactos no tráfego de pessoas e bens no meio ambiente, dentre eles

15 Recurso Extraordinário RE 1054110, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019.

16 Segundo informações colhidas junto ao site do STF, a ação teve julgamento monocrático em 17/12/2019 negando seguimento, ou seja, sem apreciar o mérito da questão, mas em cuja decisão há referência a diversas ações judiciais nos Estados questionando o serviço de transporte intermunicipal e interestadual prestado em plataforma. O último andamento informa a pendência de recurso a ser apreciado pelo Ministro-Relator Edson Fachin.

17 Informações sobre a Buser podem ser obtidas na página da empresa: <<https://www.buser.com.br/sobre>>. Acesso em: 14 jun.2019

18 Citam-se como exemplos a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei n° 12.587/2012); o Estatuto da MetrÓpole (Lei n° 13.089/2015) e o Programa Bicicleta Brasil (PBB) – Lei n° 13.724/2018.

acidentes, congestionamentos e poluição, os estudos se baseiam numa complexa análise de dados e comportamentos (SENNA, 2014), que hoje são coletados muito mais facilmente pelos aplicativos de transporte do que pelo Poder Público.

Esses aplicativos oferecem serviços em plataformas virtuais, no que se tem denominado economia do compartilhamento (*sharing economy*)¹⁹, de que são exemplos desde serviços de transporte individual de passageiros, como o Uber, como simples plataformas de consolidação de dados de trânsito e auxílio na realização de trajetos, como o Waze. A captura e o processamento de um massivo número de dados podem fornecer novas soluções (digitais) para a mobilidade urbana que o Estado sequer teria capacidade de propor pela falta de subsídios (os dados).

A despeito dessa emergente atuação privada, já se disse que a política de mobilidade – e os variados serviços e modos de transporte que o compõem – encontra-se concentrada nas mãos do Poder Público, ora como serviços públicos a serem prestados diretamente pelo Estado ora como atividades econômicas em sentido estrito sujeitas a regulação estatal, conforme se constata na Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana – PNMU), que, além disso, estabelece como prioridades os “modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado” (art. 6º, II).

19 Sem adentrar aqui na discussão sobre a adequada utilização do termo “economia do compartilhamento”, prefere-se associá-la a uma economia de plataformas virtuais para o encontro (*match*) entre oferta e demanda de produtos e serviços, no caso, os serviços de transporte e mobilidade urbana. A referência a “plataformas” ou uma “economia de plataformas” é comum na literatura sobre o tema, tanto em trabalhos acadêmicos (SUNDARARAJAN, 2019) como em debates técnicos (EUA, 2016).

Parte das instituições (regras formais) impõem, portanto, uma necessária dependência estatal para realização do direito à mobilidade urbana, seja como prestador direto de serviços seja como regulador. A incapacidade estatal, no entanto, também é reconhecida em estudos, como a dificuldade técnica dos entes municipais para prestar os serviços, diretamente ou mesmo por meio de uma licitação (VASCONCELLOS; CARVALHO; PEREIRA, 2011, p. 49). Este último problema é reconhecido na própria PNMU, ao estabelecer a competência federal para “prestar assistência técnica e financeira” aos demais entes.

A incapacidade estatal de prover o modo de transporte prioritário – público coletivo – impacta diretamente o cenário de escolhas do cidadão. Ordinariamente ponderando tempo e custo do modal utilizado (SENNA, 2014), a tendência será a utilização do modo mais econômico que implique menor tempo de deslocamento, como a motocicleta, que pode proporcionar a realização dos trajetos em um terço do tempo e por cerca da metade do custo (0,6) do transporte por ônibus (VASCONCELLOS; CARVALHO; PEREIRA, 2011, p. 67).

Em suma, a deficiência do transporte juridicamente prioritário restringe o ambiente em que as decisões são tomadas por prejudicar a opção preferencial (transporte público coletivo), levando o cidadão a decidir num cenário restrições e informações incompletas. Por exemplo, se informado que o uso da motocicleta seria trinta e uma vezes mais letal em termos de acidentes com morte quando comparado ao uso do ônibus (OMS, 2018, p. 111), o uso do transporte coletivo fosse mais frequente. Por outro lado, se disponibilizada opção menos onerosa – e mais segura – que proporcione semelhante tempo de deslocamento, talvez haja mudança de comportamento para modos de transporte mais desejáveis.

É nesse cenário que a ideia de mudança institucional pode ocorrer. Retira-se do Estado a carga integral da competência pela

mobilidade urbana, alterando as regras jurídicas que condicionam a prestação de serviços à exploração direta ou indireta (via licitação) pelo Estado (serviços públicos) ou que exigem complexas autorizações e permissões para o exercício de atividades privadas em sentido estrito.

Ocorre, assim, uma mudança institucional contínua, entendida como aquela que vai sendo incorporada aos poucos e que por isso difere da mudança descontínua, de que são exemplo a revolução ou conquista, que se operam de forma mais brusca, ao menos no que toca às regras formais, dado que as informais são sempre mais resilientes (NORTH, 2018, p. 127-177). Pela mudança descontínua, pequenas modificações nas normas de conduta e relações informais vão sendo paulatinamente incorporadas como regras formais ou tornando estas ineficazes de modo a alterar a trajetória do desenvolvimento historicamente condicionada (path dependence).

São agentes dessa mudança tanto as organizações políticas como as econômicas e nesse processo alguns fatores têm relevância fundamental, como a evolução tecnológica e a mudança nos preços relativos, ambos fatores presentes no caso das plataformas, que não se restringem ao transporte individual. Já existem iniciativas semelhantes nos transportes coletivos, como os serviços City Bus 2.0 e TopBus⁺²⁰, recentemente implantados nas cidades de Goiânia e Fortaleza, respectivamente, plataformas de transporte coletivo acessíveis exclusivamente por aplicativo, utilizando como base tecnológica as mesmas ferramentas do Uber: *smartphones*; internet móvel; geolocalização e pagamentos eletrônicos.

No aspecto informacional, aplicativos como Google Maps e Moovit, utilizando como fonte dados fornecidos pelos próprios

20 Os serviços contam com páginas eletrônicas disponíveis em: <<https://citybus-br.com/>> e <<http://topbusmais.com.br/>>. Acesso em: 20 fev.2020.

usuários em tempo real, conseguem coletar, processar e entregar com muito mais eficiência e precisão o melhor trajeto, o horário de chegada do transporte público no local de embarque, dentre outras várias informações de utilidade pública que pode, melhorar a eficiência do sistema e incentivar o uso de modos de transporte que antes eram ignorados. Nesse cenário, com informações de que o uso da plataforma de transporte coletivo implicará num trajeto de tempo equivalente a custo muito menor do que utilizar o automóvel, o cidadão poderá mudar seu comportamento e transformar a mobilidade urbana.

O desafio consiste no poder desse comportamento e dessa cultura dos habitantes da cidade (regras informais) para modificar regras formais (jurídicas). A legislação continuará fazendo o enquadramento dos tipos de transporte nas respectivas categorias que até então serviram de parâmetro para sua classificação jurídica, como atividades econômicas sujeitas a regulação estatal ou como serviços públicos sujeitos a prestação direta pelo Estado.

Duas soluções evolutivas eminentemente interpretativas seriam possíveis: primeiro, os tipos então considerados serviços públicos passariam a ser enquadrados não mais como “de prestação obrigatória e exclusiva do Estado”, mas “de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade” (MELLO, 2014, p. 688-788), o que poderia abrir espaços para aplicativos de transporte coletivo privado, por exemplo; e, segundo, uma atualização regulatória que permitisse certa assimetria em relação à regulação atualmente existente para serviços não prestados em plataforma, ou seja, uma assimetria regulatória (MARQUES NETO; FREITAS, 2017, p. 17-48).

Nos julgamentos do STF sobre o Uber e o Buser, há sinalização de que a jurisprudência da Corte não os concebe sob a estrutura engessada da legislação atual, atuando mais como um expectador à espera de soluções regulatórias que os acolham ade-

quadamente. Aparentemente, consolida-se a ideia de deficiência institucional que incapacita o Estado para prestar tais serviços, demandando-se uma mudança que permita à sociedade, de forma solidária a autônoma, organizar-se para prover o direito à mobilidade urbana, o que representa certo avanço quando se fala em efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais (CANOTILHO, 1998).

No contexto da mudança institucional, seriam regras estruturantes de uma eficiência adaptativa em vez de meramente alocativa, ou seja, normas que permitam o fomento à inovação, ao risco e a atividades criativas e que “eliminem [não só] a organização econômica malograda, mas também a organização política malograda” (NORTH, 2018, p. 139-141). Se a ideia é que as instituições se modifiquem para influenciar nas decisões dos cidadãos e se está falando de um direito eminentemente baseado em aspectos comportamentais, não se pode desejar que as mudanças ocorram suprimindo ou obstando o surgimento de outras opções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mobilidade urbana hoje integra os direitos previstos na Constituição Federal brasileira. Sua relevância para o desenvolvimento pode ser verificada na expressa referência que a Agenda 2030 da ONU, especialmente as metas do ODS 11, faz à importância de sistemas de transporte acessíveis, seguros, sustentáveis e com preço que permita sua utilização.

Numa perspectiva de desenvolvimento como liberdade, a deficiência de mobilidade atua como fator agravante (desvantagem acoplada) de outras restrições como as econômicas e de saúde. Por outro lado, a realização do direito à mobilidade urbana carece de instituições. No Brasil, as deficiências institucionais existentes, como a indefinição de regras de competência

dos entes federativos para a realização do direito, foram objeto de alterações legislativas ou demandaram intervenção judicial, no entanto, elas não foram superadas.

No cenário atual, antigos problemas, como a regulação de moto-táxis e moto-fretes, ressurgem com os emergentes serviços transportes por aplicativo. Juntamente com outras plataformas de cunho informativo, essas novas funcionalidades equalizam a oferta e a demanda por meio da captura e processamento de dados em tempo real, abrindo-se espaço para uma mobilidade urbana mais eficiente.

Verifica-se, portanto, uma mudança institucional contínua, em que a evolução das regras no Brasil passa pelo já tendencial acolhimento jurisprudencial das referidas plataformas, que figurarão como prestadores privados de serviços de mobilidade urbana paralelamente ao Estado, o qual gradualmente se desencarregará do ônus integral pela realização desse direito.

REFERÊNCIAS

BEAUJEU-GARNIER, Jacqueline. **Geografia urbana**. 3 ed. Tradução: Raquel Soeiro de Brito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Classificação e caracterização dos espaços rurais e urbanos do Brasil**: uma primeira aproximação. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100643.pdf>. Acesso em: 11 jun.2019.

_____. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA). **AGENDA 2030: Objetivos de Desenvolvimento Sus-**

tentável: metas brasileiras. IPEA, 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 09 mar.2019.

_____. Ministério das Cidades. **Mobilidade e política urbana:** subsídios para uma gestão integrada. Coordenação de Lia Bergman e Nidia Inês Albesa de Rabi. – Rio de Janeiro: IBAM; Ministério das Cidades, 2005.

_____. Presidência da República. **Portal da legislação.** Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 18 fev.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales.** Edição: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas : Boletín Oficial del Estado. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas* III, nº 6 (Fev 1998): 35-50

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços.** Coimbra: Almedina, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Federal Trade Commission. **The “Sharing” Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators.** Nov. 2016, p. 1. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platfor>

ms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/
p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf>.
Acesso em: 18 fev.2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à lei de mobilidade urbana: Lei nº 12.587/12**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento. **Texto para discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, nº 1824. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1824.pdf. Acesso em: 12 jun.2019.

LE CORBUSIER. **A Carta de Atenas**. Tradução: Rebeca Scherer. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1993.

LUCAS, K. **Transport and social exclusion: Where are we now?** Transport Policy (2012), doi:10.1016/j.tranpol.2012.01.013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS. Rafael Vêras de. Uber, Whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NORTH, Douglass C. The New Institutional Economics and Development. **EconWPA Economic History**, nº 9309002, 1993. Disponível em: <http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>. Acesso em: 13 jun.2019.

_____. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução: Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Global status report on road safety 2018**. Geneva: World Health Organization; 2018. Licence: CC BYNC-SA 3.0 IG, p. 111. Disponível em: https://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2018/en/. Acesso em: 09 mar.2019.

PERO, Valéria; STEFANELLI, Víctor. A questão da mobilidade urbana nas metrópoles brasileiras. **Revista de Economia Contemporânea**. (2015), 19(3), p. 366-402.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. STROH, Paula Yone (org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad.: Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica: Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENNA, Luiz Afonso dos Santos. **Economia e planejamento dos transportes**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, Versão Kindle Amazon Books.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDARARAJAN, Arun. **Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão**. Tradução: Andre Botelho. São Paulo: SENAC, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de; CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de; PEREIRA, Rafael Henrique Moraes: Transporte e mobilidade urbana. **Textos para Discussão CEPAL-IPEA**, 34, Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/ IPEA, 2011.

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA CIVIL: UMA ANÁLISE DE DADOS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Bruno Pereira de Andrade

Guilherme Marinho de Araújo Mendes

Marco Bruno Miranda Clementino

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade globalizada contemporânea tem crescido vertiginosamente a importância da cooperação jurídica internacional, haja vista o aumento de ilícitos transnacionais, ante um fluxo de pessoas cada vez maior entre os Estados. Paralelamente, no Brasil, ocorreram em tempo mais recente consideráveis mudanças na lei processual, com diversas inovações procedimentais relativas a tais atos de cooperação.

Nesse cenário, constata-se a relevância do tema deste estudo, o qual busca analisar os atos de cooperação jurídica internacional, em matéria civil, praticados no âmbito da Justiça Federal no Rio Grande do Norte – JFRN, em processos eletrônicos disponíveis no Sistema

de Processo Judicial Eletrônico – PJE, à luz dos requisitos e procedimentos previstos no Código de Processo Civil de 2015.

O trabalho lastreou-se na coleta e análise de dados, extraídos a partir de fontes diretas, como o Sistema PJE, tratando-se de uma pesquisa predominantemente empírica.

Assim, o objetivo geral deste estudo é verificar o rito adotado na prática de tais atos, relacionando-o à eficácia no seu cumprimento. Para tanto, como objetivos específicos, foram descritos aspectos gerais sobre aqueles atos, com a apresentação de requisitos e procedimentos e, em seguida, a verificação da quantidade de processos judiciais relacionados ao tema existentes no Sistema PJE naquela jurisdição. Ademais, foram levantados a estrutura estatal existente e os trâmites relacionados ao processamento de cartas rogatórias e sentenças estrangeiras homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, analisando-se a sua satisfatividade.

No decorrer da pesquisa, foram apurados dados percentuais relativos aos processos analisados, observando-se deficiências, dificuldades ou mesmo falhas ocorridas, além de possíveis soluções para diminuir tais ocorrências.

Desse modo, o problema do estudo consiste em saber se, na jurisdição da JFRN, há eficácia no cumprimento dos atos de cooperação jurídica internacional, em matéria civil, utilizando-se como parâmetro o padrão de excelência nos serviços prestados aos jurisdicionados pela Justiça Federal, apesar de, contudo, existirem possibilidades de otimização de procedimentos, como em praticamente todas as áreas de atuação humana.

O trabalho proporciona ao pesquisador a oportunidade de aprofundar conhecimentos no campo processual relativo ao tema, ou seja, o rito previsto para o cumprimento de cartas rogatórias e decisões judiciais estrangeiras, após homologação no STJ.

Para a academia, a pesquisa, do tipo aplicada, auxilia na formação de uma base teórica, elaborada a partir de estudos bibliográficos e da

análise da situação processual de determinada jurisdição, podendo ser aprofundada ou mesmo ampliada por outros pesquisadores.

Por fim, para a comunidade jurídica, este trabalho é útil como fonte de conhecimentos processuais pertinentes, assim como sobre a realidade prática envolvendo lides acerca do tema proposto, servindo como eventual parâmetro comparativo para outras situações envolvendo a mesma temática, em outras jurisdições.

Para tanto, foi utilizada uma metodologia baseada em consulta de bibliografia relativa à legislação pertinente, ou seja, um estudo das normas referentes ao assunto, em especial do NCPC, além do posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria.

Para concretizar essa pesquisa, realizou-se uma observação de campo, no âmbito da JFRN, onde se verificou a quantidade de atos de cooperação jurídica internacional direcionados às Varas respectivas, quais os seus principais tipos, os Estados estrangeiros envolvidos, quantos foram efetivamente cumpridos ou, caso malsucedidos, por qual motivo.

As informações coletadas foram analisadas inicialmente sob perspectiva quantitativa, ou seja, transformando-se os dados obtidos em elementos numéricos e estatísticos, sendo organizados gráficos que auxiliam na compreensão dos resultados, buscando-se ainda, de forma crítica e interpretativa, dar-lhes um tratamento qualitativo.

O método conclusivo utilizado no estudo foi o indutivo, ou seja, após considerar um número suficiente de casos particulares, houve uma conclusão acerca de uma verdade geral sobre o assunto analisado.

2 COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE

Antes de se iniciar o estudo acerca dos atos de cooperação jurídica internacional faz-se necessário conhecer brevemente a

jurisdição a ser observada, para uma melhor ambientação do presente trabalho.

A Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Norte faz parte do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, sendo composta por 6 (seis) Subseções, situadas no território potiguar, totalizando 15 (quinze) Varas Federais.

Dentre as subseções, destacam-se àquela sediada na capital, Natal, localizada na região Leste do Estado, onde existem 8 (oito) Varas Federais; bem como a de Mossoró, segunda maior cidade do Rio Grande do Norte, situada a Oeste do referido Estado, na qual há 3 (três) Varas Federais. Nas cidades mencionadas acima se encontra a maioria dos processos estudados no presente trabalho, conforme será exposto nos tópicos seguintes.

A abrangência jurisdicional da JFRN agrega municípios de diversos portes, com realidades sociais e econômicas bastante diversificadas, conforme mapa a seguir:

MAPA 01: Subseções Judiciárias Federais do Rio Grande do Norte



FONTE: www.jfrn.jus.br/institucional/mapaCompetencia.xhtml, acesso em 04/03/2019.

Após essa breve apresentação, para dar cumprimento aos objetivos propostos no presente estudo, serão evidenciados, a seguir, aspectos gerais acerca da cooperação jurídica internacional, bem como números relativos aos processos e atos pesquisados, na JFRN, de acordo com cada modalidade de cooperação existente.

3. ASPECTOS GERAIS E DADOS PROCESSUAIS SOBRE O TEMA

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

As constantes transformações ocorridas nas sociedades são refletidas em seus ordenamentos jurídicos, que devem ser adaptados aos novos contextos sociais.

Desse modo, o estudo da cooperação jurídica internacional adquire particular relevo, diante da conjuntura internacional de um mundo globalizado, em especial, após a Segunda Guerra Mundial, momento em que houve uma intensificação das relações interestatais, em decorrência de dois fatores, segundo Eduardo Felipe P. Matias (2014, p. 206):

O primeiro relaciona-se com a consciência dos Estados quanto ao fato de que não são auto-suficientes, de que o isolamento representa um retrocesso e de que o crescimento está vinculado à cooperação. O segundo fator é a coexistência de múltiplos Estados independentes.

Nesse sentido, Nádia de Araújo (2013, p. 34) traz definição interessante para a expressão “cooperação jurídica internacional”:

Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio

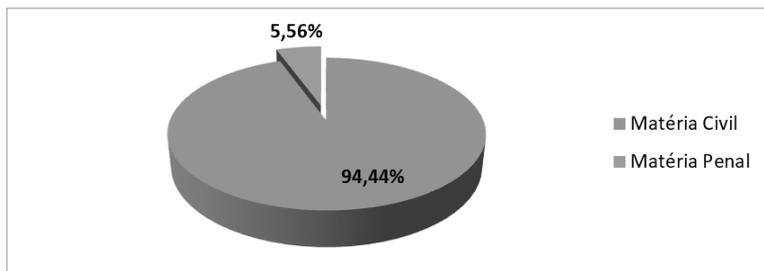
internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer uma limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado –, e precisar pedir ao Poder Judiciário de outro Estado que o auxilie nos casos em que suas necessidades transbordam de suas fronteiras para as daquele. Hoje, a cooperação internacional evoluiu e abarca, ainda, a atuação administrativa do Estado, em modalidades de contato direto com os demais entes estatais.

Cita-se como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que reconhece, desde seu preâmbulo, aquele compromisso e os direitos que dele decorrem: a cooperação jurídica internacional definida como o procedimento para efetivação extraterritorial de atos judiciais provenientes de Estados estrangeiros, tendo como um de seus fundamentos o compromisso das nações com a realização da justiça e a proteção dos direitos fundamentais, assegurados nos tratados internacionais, integrados à legislação interna ou não, que torna a cooperação jurídica um verdadeiro dever.

Assim, verifica-se que a questão da cooperação jurídica internacional não é meramente teórica, tendo elevada importância prática, considerando sua relevância tanto para a realização de atos judiciais jurisdicionais propriamente ditos, quanto para atos judiciais não decisórios.

Nesse contexto, iniciada a consulta processual no PJE, verificou-se que constam no referido sistema, até 28/02/2019, diversos casos envolvendo cooperação jurídica internacional, no âmbito da JFRN, sendo 94,44% relacionados à matéria de natureza civil e 5,56% à matéria penal, conforme gráfico abaixo:

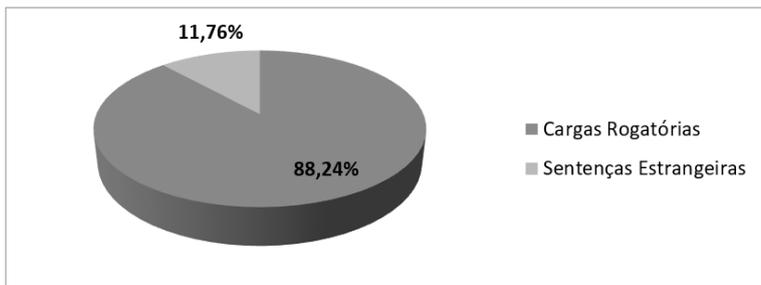
**GRÁFICO 1: Natureza da Cooperação Jurídica Internacional na JFRN
(Penal x Civil)**



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

Todavia, conforme os objetivos do trabalho, foram estudados apenas atos de natureza civil, constatando-se assim que 88,24% são relacionados ao cumprimento de cartas rogatórias e 11,76% relativos a sentenças estrangeiras, conforme gráfico abaixo:

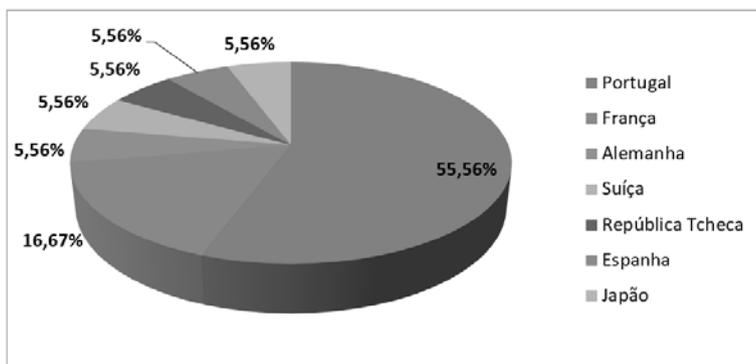
**GRÁFICO 2: Espécies de atos de Cooperação Jurídica Internacional
Civil na JFRN**



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

Dentre os processos analisados, constatou-se que diversos países solicitaram cooperação jurídica por parte do Brasil, a ser realizada na jurisdição da JFRN, sendo Portugal o Estado que mais requereu tais atividades, conforme gráfico abaixo:

GRÁFICO 3: Países que solicitaram cooperação jurídica



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PIE

A partir dos números acima destacados, observou-se que, apesar da importância dos meios de cooperação jurídica internacional, a demanda relativa a tal matéria ainda é bastante reduzida na JFRN, o que não lhes retira a relevância e a necessidade de conhecê-los, considerando o papel que representam para a concretização da justiça.

3.2 O CUMPRIMENTO DE CARTAS ROGATÓRIAS NA JFRN

Tradicionalmente, a carta rogatória é o instrumento mais utilizado para a realização de comunicações processuais ou para a coleta de provas em território estrangeiro. Assim, para Marcus Cláudio Acquaviva (2013, p. 159) “Carta rogatória é o ato pelo qual um juiz de determinado Estado solicita a juiz de Estado diverso o cumprimento, no território deste, de providências judiciais”. A utilização desse mecanismo processual decorre da soberania das nações, que impõe que um Estado não pode praticar atos privativos do Poder Judiciário de outro.

As cartas rogatórias podem ser ativas, quando é o Brasil que requer, ou passivas, quando Judiciário brasileiro atende requerimento de outro Estado. Elas são a forma tradicional para a realização de comunicações processuais ou para a coleta de provas no exterior (ARAÚJO, 2013).

Em relação ao assunto, Carmem Tibúrcio (2016, p. 607) entende que:

Justifica-se a presunção de que a rogatória deve ser cumprida em face do princípio de que os Estados devem cooperar entre si. Dessa forma, a autorização para o cumprimento no Brasil da diligência pedida só deve ser negada em situações graves, pois indeferir o *exequatur* significa, em última análise, dificultar o exercício de jurisdição pelo país estrangeiro.

No Brasil, a competência para concessão do *exequatur* às cartas rogatórias é centralizada, pois o STJ é o único legitimado a determinar seu cumprimento (EC 45/2004), sendo as diligências executadas pelo juiz federal (CF, arts. 105, I, “i” c/c art. 109, X).

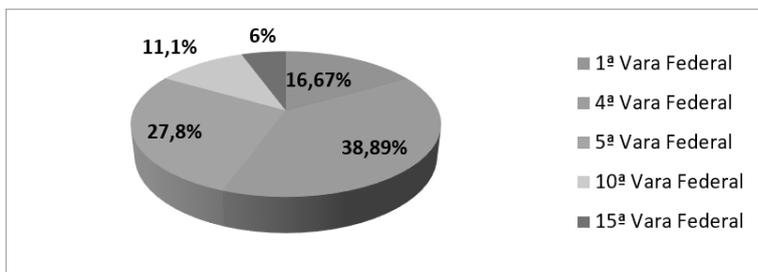
Após seu cumprimento, pelo juízo de primeiro grau, a carta rogatória, é devolvida ao Presidente do STJ, sendo por este remetida, por meio do Ministério da Justiça ou das Relações Exteriores, à autoridade judiciária de origem.

Cabe ressaltar que não compete à autoridade judiciária brasileira analisar o mérito do pedido ou da decisão do magistrado estrangeiro, mas apenas verificar sua adequação e atendimento aos requisitos previstos na norma processual pátria.

Há diversos tratados internacionais dispendo sobre cartas rogatórias, contudo, de modo geral, tais compromissos não abordam a matéria de forma muito discrepante do que prevê o direito interno brasileiro.

Na jurisdição da JFRN, observou-se que a distribuição de cartas rogatórias, por Vara Federal, deu-se de acordo com os seguintes percentuais:

GRÁFICO 4: Cartas Rogatórias distribuídas na JFRN



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

Segundo o gráfico acima, a maioria das cartas rogatórias tramitou em Varas Federais sediadas em Natal (1ª, 4ª e 5ª Varas), seguindo-se Mossoró (10ª Vara), ou seja, nas maiores Subseções Judiciárias do Estado.

3.3 HOMOLOGAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

A homologação de sentença estrangeira, assim como a utilização de cartas rogatórias, se fundamenta na soberania estatal, que atribui ao seu Poder Judiciário o poder jurisdicional sobre todo o território nacional. Portanto, toda decisão deve provir daquele Poder ou, se estrangeira, obter a chancela dele (PORTELA, 2017).

Desse modo, Paulo Portela (2017) leciona que o instituto da homologação de sentença estrangeira tem por objetivo estender territorialmente os efeitos da sentença, sendo também conhecida como reconhecimento, ratificação ou execução de sentença estrangeira.

Quanto aos requisitos necessários à homologação de sentenças estrangeiras, observar-se-á o rol previsto no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Para Paulo Portela (2017, p. 745), “uma vez homologada, a sentença poderá produzir os mesmos efeitos de uma sentença nacional”.

Ao efetuar a homologação, Judiciário realiza apenas um juízo de delibação, uma cognição não exauriente, pois apenas se verifica o preenchimento dos pressupostos formais.

Deve-se observar que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública, nos termos do art. 216-F, do Regimento Interno do STJ.

Nesse sentido, exemplifica Valério Mazzuoli (2015, p. 120):

Baseado no conceito de ordem pública, o STF, por vezes, negou homologação a sentenças exaradas de países muçulmanos que admitiam o chamado “repúdio” (*talak*), instituto pelo qual o marido repudia a mulher quando entende ter nela encontrado algo torpe.

No que se refere à competência, de modo similar ao que o ocorre com as cartas rogatórias, atualmente cabe ao STJ a mencionada homologação, porém os atos executórios são realizados por juiz federal de primeiro grau, através de carta de sentença (CPC, art. 965).

A coexistência de sentença estrangeira em homologação no Brasil e lide na Justiça brasileira sobre o mesmo objeto conduz a questionamentos.

Contudo, deve-se ressaltar o fato de que mesmo havendo processo na Justiça estrangeira contendo as mesmas partes, causa

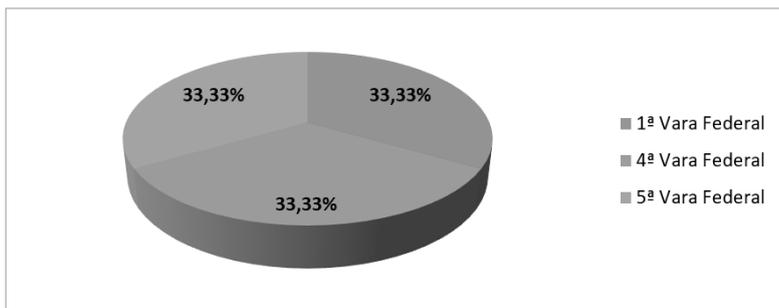
de pedir e pedido, não gera litispendência no Brasil, conforme o artigo 24 do CPC.

Desse entendimento, o professor Florisbal de Souza Del’Omo (2014, p. 95) conclui:

Por igual razão, a existência de sentença proferida em outro país, em fase de homologação, não produz litispendência, podendo prosseguir ambos os processos. Caso a ação estrangeira e a ação de homologação tramitassem concomitantemente, não se cogitaria em litispendência, mas, sim, na análise dos pressupostos processuais objetivos. De qualquer maneira, tão logo ocorra homologação de decisão forasteira, a lide na Justiça nacional será extinta, pois passa a haver coisa julgada. A homologação pelo Superior Tribunal de Justiça terá tornado executável a decisão sobre a lide, não mais havendo, perante nossa ordem jurídica, o que ser submetido a julgamento.

Ante tal cenário, demonstram-se, no gráfico abaixo, os dados colhidos no Sistema PJE sobre a distribuição de processos relativos a sentenças estrangeiras, no âmbito da JFRN, conforme os seguintes percentuais:

GRÁFICO 5: Sentenças Estrangeiras distribuídas por Subseção Judiciária da JFRN



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

Observando-se o gráfico acima, é possível constatar que todos os processos envolvendo sentenças estrangeiras tramitaram em Varas Federais sediadas na capital potiguar (1^a, 4^o e 5^a).

3.4 COOPERAÇÃO ATRAVÉS DE AUXÍLIO DIRETO

Este tipo de pedido de cooperação internacional difere dos anteriores, por não depender, necessariamente, de juízo de delibação pelo STJ.

Na visão de Paulo Portela (2017, p. 736), “aparentemente, o auxílio direto em muito assemelha-se à carta rogatória. Entretanto, com esta não se identifica totalmente”.

Assim, ainda que chegue à autoridade judiciária rotulado como carta rogatória, será encaminhado ou devolvido ao Ministério da Justiça – MJ para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto, caso desnecessária a participação do Poder Judiciário.

Portanto, havendo apenas pedido de cooperação jurídica de natureza administrativa, não deve ser conhecida a carta rogatória, pois se trata de pedido que deve ser atendido pelo Ministério das Relações Exteriores – MRE ou pelo MJ, sem provocação do STJ para tanto.

Segundo Elpídio Donizetti (2017, p. 87), em regra, “a providência será postulada por intermédio da autoridade central. Na sequência, a Advocacia-Geral da União (AGU) ou outro órgão legitimado requererá a medida perante a Justiça Federal.”

Desse modo, para que se exclua a competência do STJ, o caso não deve exigir a delibação daquele Tribunal ou ainda quando existir acordo internacional tratando sobre auxílio direto entre o Brasil e o Estado solicitante.

Contudo, conforme o Manual de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019,

p. 37) existem situações que sempre dependem de participação do Poder Judiciário, ainda que haja tratado sobre cooperação jurídica internacional, como, por exemplo, um caso envolvendo a necessidade de quebra de sigilo bancário.

No caso referenciado acima, o Estado requerente poderia agir através de duas opções: a) fazer pedido de auxílio direto, caso haja tratado sobre o assunto, o que implicará apenas na atribuição de poderes para que a autoridade central requeresse perante o Poder Judiciário; ou b) enviar carta rogatória, após decisão da autoridade estrangeira competente, para que então o STJ fizesse o juízo de delibação sobre a referida decisão na rogatória, seguindo-se o trâmite já tratado em tópicos anteriores.

4 CONSIDERAÇÕES RELATIVAS AO CENÁRIO JURISDICIONAL

4.1 ESTRUTURA ESTATAL EXISTENTE

Antes de se tratar sobre a estrutura organizacional envolvida no trâmite dos atos relacionados ao presente estudo, cabe destacar que o Brasil ainda não possui legislação específica sobre a matéria, existindo, contudo, um Anteprojeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional, que se encontra em elaboração no Ministério da Justiça.

Faz-se relevante também ressaltar que os atos de cooperação jurídica não se resumem aos que foram analisados neste trabalho, existindo outros como a extradição, a transferência de processos, de pessoas condenadas, de execução de penas. Nesse sentido, Marco Bruno Miranda Clementino (2016, p. 149) afirma:

Não existe um rol *numerus clausus* de instrumentos de cooperação jurídica internacional penal, pelo menos

no plano teórico, sendo a cooperação estabelecida em intrincada teia de relações entre ordens jurídicas (e de vários níveis), cada tratado internacional, multilateral ou bilateral, assim como cada direito positivo estatal ou regional pode prever instrumentos diferentes e melhor adaptáveis à respectiva realidade com a finalidade de promovê-la.

Conforme estudado, é no âmbito do STJ, órgão que tem como competência originária a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, que ocorre a fase inicial dos atos de cooperação jurídica internacional.

Ainda no STJ, procede-se à intimação da parte requerida para impugnar o ato de cooperação a ser realizado. Após, abrem-se vistas dos autos ao Ministério Público Federal e à Defensoria Pública da União, que atuará caso o interessado seja revel ou não localizado.

Em seguida, de acordo com os procedimentos já analisados em tópicos anteriores, os autos são remetidos à primeira instância.

Assim, após o recebimento dos autos, inicia-se sua distribuição para regular trâmite e cumprimento nos juízos de primeiro grau.

Em regra, observando-se a estrutura das Varas Federais com competência civil, os setores responsáveis pelo processamento de atos de cooperação jurídica compõem-se, de dois ou três servidores de carreira, técnicos ou analistas judiciários, sendo ocasionalmente, acrescido de estagiários do curso de Direito.

Tais profissionais são responsáveis por receber e verificar se o processo se encontra na devida forma, dando-lhes as devidas movimentações e encaminhando-o para cumprimento externo através de um dos Oficiais de Justiça, lotados na respectiva Vara.

Para cumprir as diligências que lhes são determinadas, o Oficial de Justiça se desloca em seu veículo próprio, podendo,

todavia, se entender necessário e mediante autorização do magistrado, deslocar-se em viatura da instituição, acompanhado de Agente de Segurança e Transporte do órgão, ou, em caso de risco elevado, requisitar apoio ou escolta policial.

Nesse cenário, quanto à estrutura judiciária destinada ao cumprimento de cartas rogatórias e sentenças estrangeiras, verificou-se que apesar do reduzido número de servidores envolvidos, não há prejuízo na regular tramitação dos feitos existentes na JFRN, sendo suficiente aquele efetivo.

4.2 A EFICÁCIA NO CUMPRIMENTO DOS ATOS DE COOPERAÇÃO

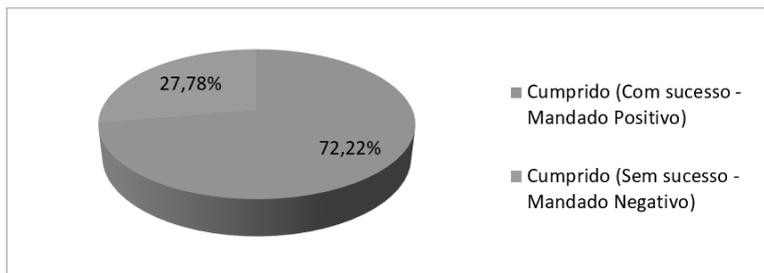
Para Idalberto Chiavenato (2013, p. 196), a eficácia é uma medida do alcance dos resultados, a qualidade daquilo que cumpra com as metas planejadas, ou seja, uma característica pertencente a quem ou o que alcança os resultados esperados. Assim, a atividade desempenhada com eficácia é sinônimo de sucesso, pois o objetivo pretendido terá sido cumprido conforme o previsto, ou mesmo superando as expectativas.

Ressalte-se que o termo eficácia, aqui empregado, está relacionado à gestão de resultados e não ao conceito de eficácia jurídica, usualmente mencionado no campo do Direito.

Partindo-se das definições acima e, após a verificação dos dados oriundos da pesquisa processual, realizada no Sistema PJE, pôde-se constatar que foi dado o regular cumprimento a todos os atos de cooperação jurídica internacional direcionados à JFRN.

Contudo, conforme gráfico abaixo, 72,22% desses atos tiveram pleno êxito quanto aos objetivos pretendidos/solicitados (intimações, citações, produção de provas, etc), enquanto 27,78% não foram totalmente cumpridos por motivos diversos, conforme gráficos 6 e 7.

GRÁFICO 6: Atos cumpridos x atos não cumpridos por Subseção Judiciária da JFRN

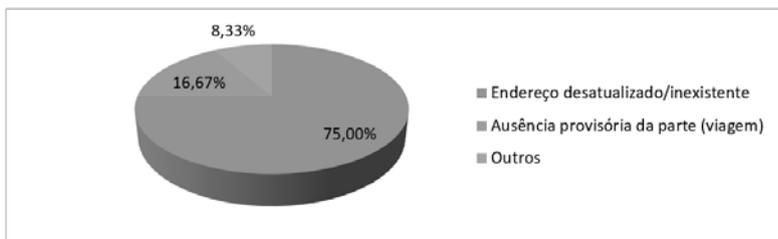


FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

A partir dos casos apreciados, é possível afirmar que os principais obstáculos ao cumprimento dos atos se devem a problemas relacionados a endereços desatualizados ou incorretos (75%), ausência provisória da parte, por motivo de viagem (16,67%), dentre outros fatores (8,33%).

Quanto aos problemas ligados a endereços, deve-se ressaltar que o dever de informá-los corretamente é responsabilidade da Justiça rogante, contudo, não raras vezes, ocorreram prejuízos ao cumprimento de mandados, quando os dados necessários à localização de partes, testemunhas ou terceiros envolvidos encontravam-se desatualizados ou mesmo incorretos. Por óbvio, ocorrendo o motivo acima, não se pode atribuir eventual retardamento ou insucesso no cumprimento dos mandados ao Juízo nem a seus respectivos servidores.

GRÁFICO 7: Principais obstáculos ao cumprimento dos atos



FONTE: Elaboração própria, com base nos dados obtidos pelo PJE

Outro problema, não diretamente relacionado aos atos estudados, mas que afetou o aspecto temporal na prestação jurisdicional, são os prazos processuais, contados em dias úteis, a partir do Novo CPC, o que retardou, ainda que sutilmente, o trâmite processual geral.

Para Elpídio Donizetti (2017, p. 316), “não se pode deixar de reconhecer, contudo, que a contagem dos prazos somente em dias úteis acarretará mais problemas do que benefícios.”

No entanto, apesar dos óbices pontuais, como os mencionados acima, verifica-se eficácia no cumprimento dos atos de cooperação jurídica internacional na JFRN, tendo em vista a realização de todos os esforços e procedimentos previstos para tanto.

4.3 SUGESTÕES PARA APRIMORAR O CUMPRIMENTO DOS ATOS

Como forma de diminuir a ocorrência de falhas no cumprimento dos atos, como os acima verificados, é de suma importância uma escorreita conduta pelas partes interessadas, servidores, magistrados e, em especial, pelos Oficiais de Justiça, que são aqueles que diretamente atuam no cumprimento prático dos atos e decisões judiciais, no cenário externo.

Uma instrução processual mais apurada, desde seu início, ainda no país rogante, seria uma medida que contribuiria para diminuir a quantidade de diligências infrutíferas por motivos como endereços incorretos, desconhecidos, imprecisos ou mesmo desatualizados.

Já tramitando perante a justiça brasileira, uma providência bastante útil, é a realização de buscas prévias na *internet* ou em cadastros de informações como INFOSEG, INFOJUD, RENAJUD, dentre outros, sobre pessoas a localizar, o que facilitaria aquelas atividades.

Nesse sentido, o próprio STJ orienta que o juízo responsável pelo cumprimento busque, de todas as maneiras possíveis, diligenciar com o objetivo de localizar os indivíduos da qual depende a realização do ato, se necessário com a expedição de ofício a cartórios e às concessionárias de serviços públicos (energia elétrica, água, telefonia, *internet*, etc.), para que forneçam as informações existentes em seus bancos de dados.

Encontrada a pessoa que se procura, é indispensável que seja anotado seu codinome ou apelidos, se houver, principalmente em zonas rurais, onde os indivíduos costumam se identificar mais facilmente por tais denominações. Além disso, devem ser coletadas informações que poderão auxiliar futuras diligências como contatos telefônicos, pontos de referência ou mesmo coordenadas geográficas do local, por meio de GPS.

Assim, caso haja necessidade de novas averiguações ou intimações, referentes à mesma pessoa ou processo, existirão valiosas informações prévias sobre estes, facilitando a atuação do Oficial de Justiça, ainda que diverso daquele que cumpriu o primeiro ato.

Ademais, deve-se buscar um amplo entrosamento e uma boa relação com instituições locais que possam fornecer informações relevantes como Agências de Correios, Cartórios, Postos de Saúde e outros órgãos públicos, em especial com a força policial, pois

inúmeras vezes os responsáveis pelo cumprimento de diligências externas executam mandados que oferecem considerável risco, seja pelo local onde se realizam ou pela própria natureza dos atos, não sendo raros os casos de desacato, obstrução, agressão ou mesmo homicídios tentados ou consumados, contra os agentes públicos, no desempenho de suas tarefas.

Por fim, de modo geral, deve-se adotar uma postura gerencial na gestão dos processos, buscando-se a eficiência, desde a fase de análise inicial, além do acompanhamento contínuo de prazos, o que certamente facilitaria na boa prestação jurisdicional.

Postas em prática tais atitudes, aprimorar-se-á o padrão de eficácia já existente, com uma considerável melhoria no cumprimento dos atos de cooperação jurídica internacional, o que seguramente daria maior celeridade, credibilidade e eficácia nessa atividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou acerca da cooperação jurídica internacional e seus atos, um tema que tem crescido em relevância, ante o cenário contemporâneo globalizado, cujos efeitos são maximizados pelos avanços tecnológicos e pelo fluxo cada vez maior de pessoas e bens entre os Estados.

Nesse cenário, o desenvolvimento deste estudo proporcionou uma análise pormenorizada sobre as espécies daqueles atos, de maneira geral, bem como permitiu um vislumbre acerca de ações judiciais relacionadas ao assunto, no âmbito da JFRN.

Ademais, o trabalho também possibilitou uma pesquisa de campo para a obtenção de dados consistentes sobre o tema, como a natureza dos referidos atos naquela jurisdição, onde se observou, dentre outros detalhes, que a maioria trata de processos de natureza civil.

Também constatou-se que, no que tange às espécies de cooperação jurídica internacional, as cartas rogatórias são os instrumentos mais utilizados, apurando-se que, dentre os países que solicitaram tal cooperação, a República Portuguesa foi aquela que mais requereu perante o Poder Judiciário brasileiro.

A pesquisa, ainda quantificou o percentual de cartas rogatórias e sentenças estrangeiras distribuídas por Vara Federal, além dos números relativos ao seu cumprimento, momento em que se constatou que a grande maioria dos processos analisados tramitou na Subseção Judiciária situada na capital do Estado.

Após, foi feita uma breve exposição sobre a estrutura estatal existente para processar as ações relacionadas aos atos estudados, onde se verificou sua satisfatoriedade, em que pese o número reduzido de servidores envolvidos.

Em seguida, foram analisados os principais obstáculos ao cumprimento dos mandados relacionados, verificando-se que a localização das partes envolvidas, por problemas relativos a endereços, tem sido a causa predominante das dificuldades e atrasos nessas operações.

Encerrando a pesquisa, foram consideradas e discutidas as possibilidades de solução aos problemas constatados, com o intuito contribuir para sua minoração, auxiliando na efetividade da cooperação jurídica, de modo geral.

Os recursos empregados no presente trabalho, além da legislação relacionada, incluíram obras de diversos doutrinadores e jurisprudência atinentes ao tema, pesquisas em sítios especializados na rede mundial de computadores, para o fornecimento do lastro teórico necessário ao estudo.

Para a aquisição dos dados processuais utilizados, foram realizadas consultas ao Sistema PJE. Houve também a realização de visitas pontuais a algumas Varas Federais, a fim de verificar sua respectiva estrutura, em termos de pessoal.

Ante tudo o exposto, conclui-se, pois, que o presente trabalho pode servir como ponto de partida para outras pesquisas envolvendo o assunto, podendo-se aprofundar tal estudo em outras jurisdições regionais e/ou nacionais, traçando-se um cenário mais amplo sobre a matéria, podendo-se comparar seus resultados, buscando-se estabelecer um padrão dominante, o que pode ajudar a entender melhor e aprimorar a dinâmica na prestação jurisdicional em termos de cooperação jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de Direito**. 8ª ed., Revisada e Atualizada. São Paulo: Método, 2013.

ARAÚJO, Nádia de. **A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional**. In: Ministério da Justiça-Secretaria Nacional de Justiça, DRCI. (Org.). Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em matéria penal. 3ª ed., 2013, v. 1, pp. 33-50.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos**. 4ª ed., 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ), **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília: STJ. 394 p. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração: Abordagens Prescritivas e Normas**. Volume 1. 7ª ed. São Paulo: Manole, 2013.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **Cooperação Jurídica Internacional Penal-Tributária e Transnacionalidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de **Direito Internacional Privado**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: Parte Geral e Processo Internacional**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MATIAS, Eduardo Felipe. **A humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Privado: Curso Elementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 9^a ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

FACTICIDADE DO DIREITO

Organizadores:

Fabiano Koff Coulon, Fabrício Germano Alves,
Francisco Geraldo Matos Santos e
Leonardo Rabelo de Matos Silva

Tipografias utilizadas:

Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Maio de 2020